

目 录

【导师文苑】

- 以刑制罪的法哲学面相与规范机制 赵运锋 (1)
非法证据的派生证据排除规则..... 孙彩虹 (11)

【法学论坛】

- 关于监察委员会的监察范围研究..... 刘强强 (20)
社会化视角下未成年人暴力人格的形成与防控..... 张恺芹 (27)
论我国商业秘密的法律保护..... 何 曜 (34)
刑法现代化展望：浅谈储槐植的刑事一体化理论..... 罗建武 (44)
保卫社会：社区矫正犯罪人形象的抽象化及其解释..... 黄志成 (52)

【思行合一】

- 我国反家庭暴力的立法探究..... 姚会名 (60)
电子诉讼对传统民事诉讼的影响与完善..... 王 宁 (69)
从食品安全犯罪的罪过形式思考风险社会下的过失犯罪..... 陈 青 (76)
规范分析视野下干细胞制剂的法律地位研究..... 曹 越 (84)
从国际法角度分析乌克兰问题..... 李前峰 (93)

Contents

• *Professors' Academic Papers* •

- The legal philosophy and the standard mechanism of criminal law...Zhao Hongfeng(1)
Analysis from the Perspective of International Law in Ukraine.....Sun Caihong(12)

• *Law Forum* •

- Research on the monitoring scope of the supervisory committee....Liu Qiangqiang(20)
The formation and prevention of the violent personality of minors from the
perspective of socialization.....Zhang Kaiqin(27)
On the legal protection of China's commercial secrets.....He Yao(34)
The prospect of the modernization of criminal law: a brief discussion on the criminal
integration theory of the planting of locust.....Luo Jianwu(44)
Defending the society: the abstraction and interpretation of the image of the
community correctional offender.....Huang Zhicheng(52)

• *Mind and Hand* •

- The legislative exploration of China's anti domestic violence.....Yao Huiming(60)
The influence and perfection of the electronic litigation on the traditional civil
action.....Wang Ning (69)
Thinking of the negligent crime in the risk society from the crime form of Food
Safety Crime.....Chen Qing(76)
A Study on the Legal Status of Stem Cell Products from the Perspective of Normative
Analysis.....Cao Yue(84)
Analysis from the Perspective of International Law in Ukraine.....Li Qianfeng(93)

以刑制罪的法哲学面相与规范机制

赵运锋*

【摘要】 以刑制罪符合罪刑关系互动的精神，具有科学性与合理性。与实质解释、目的解释不同，以刑制罪在逻辑关系、司法功能及适用路径上有其特点。以刑制罪理论在大陆法系和英美法系中都有其法哲学基础。德日的三阶层犯罪构成、英美刑法的双层次犯罪构成，及我国的平面式犯罪构成与以刑制罪都有密切关系。认识以刑制罪应从方法论上升到本体论，并对以刑制罪司法适用构建科学的规制路径。

【关键词】 以刑制罪 实质解释 犯罪构成 哲学诠释学

近年来，以刑制罪逐渐成为理论界关注的热点和难点问题，不断有学者从不同维度论证和探讨以刑制罪，并对以刑制罪的内涵、特征及与刑法基本原则的关系进行诠释和分析。不过，从理论界对以刑制罪的研究状况看，还存在不同论断，更有甚者，有些学者在以刑制罪基本问题的认识上还存在误区，并对以刑制罪的属性和适用有不恰当的结论。以刑制罪与由罪生刑构成互动的罪刑关系，是司法主体裁量案件的方法选择，对于犯罪构成解读和刑罚裁量有重要作用。鉴于理论上的认识误区和以刑制罪自身的重要性，对以刑制罪理论的研究还需要持续深化，并给予深度合理的论证。

一、以刑制罪的概念分析

作为一种新型罪刑关系^①，以刑制罪司法模式在我国刑法理论上的探讨已经有一段时间，对其关注的学者日益增多，这反映出该罪刑关系在理论上旺盛的生命力。不过，学者们对以刑制罪的表述和定位还存在诸多区别，这不但不利于理论界在该问题上的研究与对话，也阻碍了实务界对该罪刑理论的借鉴与参照。

（一）以刑制罪的名称选择

基于各自的研究背景与学术脉络，学者们对新型罪刑关系冠以不同名称，比如，以刑定罪、以刑制罪、量刑反制定罪、以刑释罪、以量刑调节定罪、以刑议罪及刑罚反制罪名等。就刑法理论发展演进分析，新型罪刑关系称谓之多在刑法概念演进中比较罕见，但概念多元化并非理论研究之幸事，会在一定程度上阻隔学者之间的对话，并对罪刑关系研究深入产生负面影响。因此，需对新型罪刑关系的不同表述进行分析，并为其选择较为合适的名称。

选择哪个名称较为妥当，还需从多个维度进行考察，以使其更加符合司法使用习惯。总的来看，需从以下几个方面进行判断：第一，符合刑罚与罪名的制约关系。学者使用不同名称，虽然都是为了说明刑罚对罪名认定、选择具有制约作用，但在内涵指称上有所不同。冯亚东教授的以刑定罪观，从语形结构看，是刑罚决定罪名，这与刑罚制约罪名存在实质区别。

* 赵运锋：法学博士，上海政法学院副教授，研究方向为刑法解释学。

① 新型罪刑关系是指以刑制罪，是针对由罪生刑而言的，两者在逻辑结构、价值取向及司法观念等层面上存在差别。

高艳东教授的量刑反制定罪,从词语文义看,是刑罚对定罪的反向制约,实质是刑罚决定罪名理论,体现出的并不是罪刑的制约关系,不符合罪刑关系的精神。余文唐先生的以刑议罪与许松林教授的以刑释罪,在词语逻辑关系上,多少反应了刑罚在定罪过程中的作用,不过,从中却看不到刑罚对罪名的制约属性,而这恰恰是罪刑关系的本质。曹坚博士的以量刑调节定罪与郑延谱教授的刑罚反制罪名,虽然都是从刑罚角度阐述对定罪或罪名的影响,但在表达合理性上存在不足,显得冗长且繁琐。第二,符合刑法理论界的用语习惯。从理论界对以刑制罪的使用传统看,更多学者选择以刑制罪表述罪刑关系,基本获得了刑法理论界的主流观点认可。质言之,从新型罪刑关系的演进历程看,以刑制罪是被学者援引最多和较早的概念,在语言使用科学性上,以刑制罪更好表征了新型罪刑关系的本质诉求与内在精神。在概念表述上,以刑制罪也显得更为简洁与方便,比较合理的表反映了罪刑关系的内涵和外延,是对罪刑关系本质特征抽象和妥当的概括。由此,与其他罪名关系的表述相比,选择以刑制罪作为新型罪刑关系的指称显然是合理的。

(二) 以刑制罪与实质解释、目的解释的关系

有学者在论述以刑制罪理论时,会把以刑制罪与刑法实质解释相联系,甚至把以刑制罪等同于实质解释。也有学者认为以刑制罪属于目的解释,是后果主义论证方法。我们认为,学者们在以刑制罪的认识上还存在不足,未能正确认识以刑制罪的逻辑关系和内在本质,存在与其他刑法概念混淆使用的情形。

首先,以刑制罪与实质解释。刑法实质解释属于解释理念,是指导刑法规范解释的思想和观念。根据张明楷教授实质解释观:“对违法构成要件的解释,必须使行为的违法性达到值得科处刑罚的程度;对责任构成要件的解释,必须使行为的有责性达到值得科处刑罚的程度。”^[1] 据此,刑法实质解释是从刑罚必要性或刑法妥当性角度探讨构成要件的意义,借此诠释有罪与无罪、罪轻与罪重的现象。反观以刑制罪,其主张从刑罚合理性角度诠释构成要件内涵,也对刑罚必要性和刑罚妥当性在定罪中的作用较为重视。从这个意义上讲,两者都属于刑法实质主义观,都重视刑法犯罪构成要素的开放性理解,对犯罪构成中的价值判断比较青睐。据此,有学者得出结论:“主张实质解释论,就意味着承认‘以刑制罪’现象存在的合理性。”^[2] 不过,有学者对此表示异议:“主张以刑制罪,并不意味着必然倒向实质解释论的立场。以刑制罪仍然应当维持解释过程中形式判断优于实质判断的基本司法逻辑。”^[3] 我们认为,以刑制罪与实质解释具有一定联系,但两者的不同之处也很明显:第一,刑法实质解释是刑法解释理念,与刑法形式解释相对应。以刑制罪是罪刑关系理论,与由罪生刑相对应。严格意义上讲,前者属于方法论的范畴,后者属于逻辑论的范畴;第二,刑法实质解释属于指导规范适用的理论,一般适用于司法层面,以刑制罪的适用范围则包括刑事立法与刑事司法。不过,理论上较为关注以刑制罪的司法层面,对其立法层面则重视不够;第三,刑法实质解释是从实质正义角度探寻规范文义,以刑制罪则属于从结果出发解读犯罪构成。

其次,以刑制罪与目的解释。刑法目的解释是指,在诠释规范条文时,需根据规范条文的法益保护精神,探寻刑法规范随着社会演进而呈现的符合时代需要的意义。易言之,对规范条文内涵的揭示,需立足于文义却不局限于文义,需根据社会变迁不断发掘规范的潜在含义。“人类行为服从目的论的支配,创制法律是一种有目的的行为,解释法律同样是一种合目的的行为;因此,当我们面对一个法律文本考虑如何解释法律或以什么方法解释法律时,我们首先应该问自己为什么要解释法律,解释法律的目的是什么?”^{[4]p46} 据此,刑法目的解释本质在于探讨规范目的,并通过解释方法将规范目的置于规范文义当中。从这个意义上讲,以刑制罪与刑法目的解释具有相通之处,两者都主张通过规范诠释将政策判断、价值考量及利益衡量等法外因素渗入到规范文义当中,并力争推动刑法规范稳定性与有效性的统一。基于此,有的学者认为,“整体而言,这种后果主义的考量^①可以归为目的解释的一种方法类型。”

^① 根据上下文可知,作者在这里谈及的后果主义考量与以刑制罪有诸多近似之处。

[3] “‘以刑制罪’思维实际上是目的解释方法等的运用，只不过更为形象而已。”^{[5]p327} 对上述论者的观点，我们不敢认同。以刑制罪与目的解释具有相似之处，但两者的区别也很明显：第一，刑法目的解释是关于规范精神的探寻，并藉此扩大规范文义的边界。以刑制罪则关注刑罚与罪名的关系，并不刻意探寻规范的目的；第二，刑法目的解释与刑法文义解释对应，两者共同构成解释规范文义的解释方法。以刑制罪则与由罪生刑对应，两者共同构成罪刑关系论的逻辑进路；第三，刑法目的解释是探寻规范目的问题，以刑制罪则是解决罪名选择的问题。

二、以刑制罪的法哲学属性

作为由罪生刑的补充，以刑制罪对犯罪构成要素解读起着重要作用。但从理论界看，学者对以刑制罪理论基础的关注远远不够，从而影响着理论界与实务界对以刑制罪的合理认知。哲学是人文社会科学的基础学科，对包括法律在内的社会科学具有指导作用。由此，以刑制罪存在的合理性和必要性，需从法哲学层面上给予充分论证。

首先，从欧洲大陆的哲学诠释学进行分析。哲学诠释学是在普遍诠释学基础上发展起来的，是 20 世纪西方欧陆哲学的重要发展成就。在伽达默尔之前，施莱尔马赫、胡塞尔、狄尔泰和海德格尔等人分别从神学、现象学、史学和哲学的不同角度构建着哲学解释学理论。

施莱尔马赫认为，解释者对作者的理解优于作者对自己的理解。据此，解释者对作品的解读，不限于对作者意图的探讨，还有作者意图之外的东西。换言之，解释者除了挖掘作者赋予作品的含义，还需关注作品之外的意义。不过，作为神学主义者，施莱尔马赫依然关注经文之身的含义，即圣经承载的神的意志。此外，施莱尔马赫还把语法解释的方法，即从部分到整体、从整体到部分的方法运用于心理解释，从而提出了著名的“解释学循环”的概念。施莱尔马赫对作品意义的突破性解读和解释学循环概念的提出，为伽达默尔哲学诠释学体系构建奠定了重要基础；狄尔泰从历史主义价值观出发，指出历史世界人的精神构造物，与自然科学不同，精神科学即人文社会科学，涉及个人的经验与体验，涉及对人的内在心性的理解，关注的则是一般中的个体，是“生命本身理解自身”，故而“生命是精神科学的真正基础”。^{[6]p346} 根据狄尔泰的哲学观，其努力将精神科学置于自然科学同等重要的位置，并指出需从历史主义出发解释文本，易言之，解释者需将自己置于文本产生的历史场景中认识和解读文本；海德格尔认为，人的存在问题哲学的核心问题，存在包括作为存在者的人对存在的领会和解释。据此，对文本的理解和解释就是存在本身，都属于存在的方式，而不再附属于存在。至此，理解和解释不再是方法论，而进入本体论范畴。此外，海德格尔还指出，解释并不是仅限于解释文本的客观含义，还包括解释者前有、前见和前把握对文本含义的影响与制约。

在上述哲学解释观的基础上，伽达默尔构建了哲学诠释学，具体涵盖了视域融合、诠释学循环、历史效果等几个层面。实质上，哲学诠释学不是单纯的方法论，也不是古老的关于理解的技艺学，而是演变成为探究解释学的本原或基质的哲学诠释学理论。根据哲学诠释学，对文本的理解总是会受到前见的干扰，并且无法摆脱。这种前见排除了客观理解文本的可能性。^{[6]p359} 易言之，在伽达默尔的诠释学理论中，解释者在理解和解读文本过程中，不再局限于作者原意，也不仅仅关注文本含义，解释者的前见和前理解成为影响解释结果的主观因素。“真理不是一个外在于主体的纯粹客体，而是在伴随着主体的理解而逻辑展开并不断地被重构的世界。从这一点出发，真理就不再是与认知对象符合一致的认识，而是在我们的理解过程中所呈现出来的东西。”^{[7]p21-23} 也即，通过理解者、文本的历史视域与现实视域不断的调整、融合，最终形成伽达默尔提出的效果历史。伽达默尔通过视域融合，实现了诠释学上历史和现在、客体与主体、自我和他者的辩证统一。由此，哲学诠释学的效果历史、视域

融合及诠释学循环等概念充分体现了诠释学的辩证法色彩。

从以刑制罪的发生机理与价值属性看,体现了鲜明的哲学诠释学的精神内核。以刑制罪主张罪刑关系的双向性,既关注罪名对刑罚的影响,也注重刑罚对罪名的制约,在行为定性解读和刑罚幅度选择上,眼光需不断的从罪名到刑罚再从刑罚到罪名之间来回往返,才可以完成行为定性准确和刑罚适用合理的过程,而这恰恰是诠释学循环的本质所在与内在机理;以刑制罪主张发挥司法主体的能动性,将政策、舆情、民意等法外要素带入规范内涵,从而实现规范语词揭示的历史意义。换言之,对犯罪构成的解读应包含条文、立法意图及客观精神,这与哲学诠释学中的效果历史相一致;以刑制罪逻辑注重解读、立法者及社会主体的沟通和交流,从而形成对规范文义的合理解读,这正是哲学诠释学的应有之义。据此,以刑制罪的发生机制和内在规律反映了哲学诠释学的本质属性和内在特征。当然,作为罪刑关系论,本就处于哲学诠释学的影响之下,在以刑制罪的逻辑关系范畴中发现哲学诠释学的特性实属正常,是哲学诠释学指导人文社科学发展和完善的结果。质言之,以刑制罪理论可以在哲学诠释学那里找到归宿和源头。这样一个法哲学研究取向的转换过程,可以看作是规范合理性探讨的一般过程。(理性、规范和面向司法实践的法律论证,载《政法论丛》2015年第2期,第135页,周祯祥)

其次,从英美国家的现实主义哲学进行分析。现实主义思潮是20世纪英美国家的重要哲学流派,虽然其主导西方社会思潮的时间不是很长,但对西方社会的影响非常深远。从发生学上看,现实主义哲学是对形式逻辑的的反思和检讨,也是对传统哲学模式的修正和发展。

现实主义哲学的发展是不同学者共同努力的结果,包括詹姆斯、波斯纳、罗蒂、皮尔士、卢埃林等都从不同角度提出了关于现实主义的理论。霍姆斯指出:“逻辑中的方法与形式迎合了人们渴望确定性和存在于每一个人心灵中的恬静感受。然而,确定性一般那来说是一个幻觉,而心灵的恬静并非人之天命。^[8]也即,对于疑难问题,逻辑通常无能为力。法官应该抛弃形而上学的束缚,在法律的空隙立法。^[9]由此,逻辑形式的意义是有限的,需重视经验在司法实践中的价值和功用。司法经验主义与逻辑形式主义在霍姆斯的理论体系中占据了重要位置;波斯纳提出了法学理论的开放性、司法经验的至上性及法律知识的预测性等理论,强调经验在司法运行中的价值,对法律规则在案件中的作用持怀疑态度。“一般命题不能决定具体案件。判决结果更多地取决于判断力和敏锐的直觉而不是清晰的大前提。”^[10]法律就是指法院事实上将做什么的预言,而绝不是其他什么空话。简言之,法院实际上将做什么的预测,而不是什么其他自命不凡的东西,就是我所谓的法律的含义。^[11]卡多佐提出,应重视社会效果、主张价值涉入及倡导法官造法。法律推理在经过逻辑推导之后,其结论要经常地用社会的实用情况加以检验和考量。这些实用的标准包括以下几种评价标准:矫正正义的要求、对常识的考虑、以及对公共政策的考虑。^[12]我们必须保持在普通法的空隙界限内来进行法官实施的创新,这些界限是多少世纪以来的先例、习惯和法官其他长期、沉默的以及几乎是无法界定的实践所确定下来的。^{[13]p63}通过对比分析不同学者的现实主义价值观可知,都具有司法能动主义、结果导向主义、法律实质主义及司法经验主义等哲学属性。其实,不管是哪个代表性人物,之所以被冠上现实主义的名头,都是源于其在法律语言的描述上、法律思维的逻辑上与逻辑形式主义有显著区隔,尤其是法律预测论、反三段论及法官创造性等方面是征表现现实主义色彩的重要元素。

一定意义上,现实主义哲学与哲学诠释学具有契合性,既是对分析实证主义、形式主义逻辑的反思,又是人本主义在哲学领域的反应,这些决定了两种哲学观主张在法律实践上重视司法主体的能动作用,并对文本在词语揭示中的作用持消极态度。实质上,现实主义哲学的源头在德国,是从德国法学家耶林的利益法学基础上发展而来的,德国的哲学诠释学与耶林的利益法学也存在一定程度的传承关系。从这个角度看,哲学诠释学与现实主义哲学之间具有一致性。至此,以刑制罪在哲学诠释学理论中找到的理论归宿,也可以在现实主义哲学

那里获得认可。回到罪刑关系理论中,以刑制罪主张突破传统的形式逻辑,从刑罚出发考虑罪名的选择,这体现了典型的结果导向主义,与现实主义的倒三段论不谋而合;在以刑制罪理论中,通过目的因素解决规范稳定性与有效性问题,体现了现实主义哲学的效果意识和价值涉入理念;根据以刑制罪理论,司法主体被赋予鲜明的司法能动性和主观创造性,从而达到合理认定犯罪构成的目的,恰恰符合了现实主义哲学中司法经验主义和法官造法的价值诉求。基于上述因素进行判断,以刑制罪是现实主义哲学在罪刑关系理论中的反映,以刑制罪观的出现与现实主义哲学对法学理论的影响和指导密不可分。

综上,不管是欧陆的哲学诠释学还是英美的现实主义哲学都体现了一些共性,都有一些共同的价值诉求,蕴含了一些共同的发生规律,都是以刑制罪逻辑模式的理论归宿和价值体现。基于这个判断,以刑制罪的发生和发展不是无源之水,更不是空穴来风,而是有着深厚的哲学基础和法理源头。由此,对以刑制罪不应该轻易否定或质疑,而是应该给予足够重视和关注,并对其在法律存在、运行机制和发生机理等方面做深入的研究和剖析。

三、以刑制罪在犯罪构成中的体现

从以刑制罪的哲学基础看,不论是欧陆的哲学诠释学还是英美的现实主义哲学,都是以刑制罪产生和发展的理论基础,也是各自刑法体系发展的理论渊源。鉴于此,在大陆法系的刑法体系、英美法系的刑法体系及我国的刑法体系当中,都随着哲学理论的发展而发展。其中,罪刑关系与哲学观的发展密不可分。质言之,刑罚必要性与妥当性判断在构成要素诠释上往往占据重要地位,这也成为各法系犯罪构成理论发展的重要支点。

首先,德国刑法中犯罪构成理论分析。德国的犯罪构成体系经历了一个漫长过程,从李斯特时代的古典论犯罪论体系,到威尔采尔时代的目的论犯罪论体系,再到罗克辛时代的目的理性犯罪论体系,教义学与政策学经历了从相互分离到相互融合的过程,随着目的理性犯罪论体系的构建完成,政策全方位融入犯罪论体系,反应刑罚价值的判断要素开始影响犯罪论的解读。“刑法是这样一种形式:在这种形式中,人们将刑事政策的目的设定转化到法律效力的框架之内。”^{[14]p275}

根据新康德主义,新古典犯罪论体系中的构成要件不再是价值中立的事实描述,而是出现了具有价值判断的规范要素。同时,构成要件开始出现主观要素,打破了传统构成要件的纯客观形象。在责任论上,弗兰克提出的可责难性更是体现了犯罪论体系的开放性与实践性。及至当代,以罗克辛为代表构建的功能论犯罪论体系适时出现,其立足于功利主义对犯罪论体系进行全方位改革,改变了传统刑法教义学的知识体系,比如,在构成要件上引入客观归责理论,在违法性上纳入实质违法性判断,在有责性上则提出答责性概念,将积极的一般预防理论融入答责内涵等,而这些改变都或多或少体现了应罚性和需罚性因素。易言之,在三阶层犯罪体系的各个层面上都体现出政策内涵,如客观归责中的风险要素、实质违法中的实质要素及答责中的一般预防要素等,在这些概念中,价值导向意义清晰可辨,功利性、目的性及有效性诉求开始通过规范性判断进入到刑法教义学当中。“罪刑法定原则的前提、利益对立场合时社会进行调节的利益衡量和对于刑法之目的探求,就是我们所常见的各个犯罪类型的刑事政策之基础。”^{[15]p22}也就是说,犯罪论体系的三阶层分别应该以罪刑法定原则、利益衡量原则和刑法目的原则作为其政策输入的基础。^[16]于是,刑法教义学一改传统形象,在不同阶段中引入价值判断、利益考量及目的指引,贝林时代的那个纯粹、客观、无色的犯罪论体系,除了在理论框架上有所保留外,在内容上已经焕然一新。

从目的论犯罪体系到目的理性犯罪体系的转变,体现了德国犯罪论体系中政策要素的强化和实用主义色彩的浓厚,其表征就是犯罪论三个阶层都融入了价值要素,并通过预防性需求对犯罪论要素进行制约,当然,这里的预防性考量与刑罚必要性或妥当性密不可分。换言之

之，是否需要危害行为施以一般预防，刑罚是重要的考量要素。至此，刑罚必要性或妥当性对犯罪论要素的诠释就成为必然，并在实践上日益发挥着重要作用。

其次，我国刑法上的犯罪概念分析。在我国刑法理论上，犯罪的特征表现为社会危害性、刑事违法性与刑罚当罚性。社会危害性是本质特征，刑事违法性与刑罚当罚性是一般特征。理论上在将刑罚当罚性视为犯罪特征的同时，对其在犯罪构成中的作用也颇为关注。也即，既要主张刑罚是犯罪的特征，也要对刑罚对犯罪的制约作用给予足够的重视。

特征反映事物的本质属性，认识事物就先对其特征进行分析，这是认识论的一般规律。比如，在司法主体认定犯罪时，不但要考虑社会危害性，还要兼顾刑罚当罚性。反映在司法进程中，一般都是坚持从犯罪到刑罚的逻辑顺序。在复杂的思维过程中实现逻辑的规范，很难通过简单的套用即能完成。（法律适用中的逻辑困境与出路 李丽 吕建武 载《政法论丛》2016 年第 2 期 154 页）所以有时候，则需考虑从刑罚到犯罪的思维路径。易言之，在罪刑关系中不能忽略刑罚对犯罪的制约作用。严重的社会危害性是犯罪成立的前提和基本条件，但该条件只是行为成立犯罪的必要条件而非充分条件，行为是否构成犯罪还受诸多因素的制约。在影响立法设罪的多方面因素中，最具本质意义(所有犯罪均必须考虑)的是“应受刑罚处罚性”——凡是应当受到“刑罚”处罚的危害行为均应视为“犯罪”追究刑事责任，反之不应受“刑罚”处罚的危害行为则应通通划入一般违法行为追究行政或民事责任。^[17]由此，应正确定位刑罚在罪刑关系中的作用，并纠正传统刑法理论下的错误认识。

刑法是犯罪治理最后一道防线，在判断一个行为是否构成犯罪之前，应先分析用非刑罚措施是否可以达到惩治目的。有的行为虽然构成犯罪，但司法主体需要考虑是否需要适用重刑，适用轻刑是否能达到规制目的。由此，司法主体必须认真考量适用刑罚或重刑的必要性。从这个层面考虑，在判断危害行为是否构成犯罪之前，应先考虑其是否具有刑罚当罚性。这种思维进路与刑罚谦抑性一致，即当适用其它法律措施能达到规制效果时，就不要使用刑罚；适用轻刑能达到惩治目的时，就不必适用重刑。“解释法律的终极目的在于使案件得到公平合理的处理，而不在于使犯罪的要件符合我们的理解，也不在于使它以什么样的罪名受到处理。如果从法律原则上讲，就是使罪行受到的处罚符合罪刑相适应原则。”^[18]其实，从我国的犯罪概念看，也正反映了这样的一种理念，即通过刑罚的价值判断制约犯罪构成的成立和选择。刑法第 13 条规定了犯罪的概念，并利用但书条款将情节显著危害不大的行为排除到犯罪圈之外。显然，犯罪概念的前半部分属于入罪范畴，但书规定则属于出罪规定，采取的模式正是通过先判断行为刑罚的必要性，再裁量罪名的可能性，这个过程正好反映出刑罚制约罪名的思维路径。

第三，英美刑法中犯罪构成分析。从英美的犯罪论体系看，其不同于德日法系的三阶层犯罪论体系，也不同于我国四要件的犯罪构成，而是构建了独特的双层次犯罪论体系：犯罪本体要件和排除合法辩护，前者是从刑事责任基础进行展开的，后者则是指责任充要件。根据双层次的犯罪论体系，犯罪本体要件是从入罪角度构建的，也即，从犯罪行为、因果关系和犯罪心态三个维度阐述了犯罪的形式标准；犯罪论的责任充足要件是从出罪角度展开的。换言之，如果危害行为符合了责任充足要件，即使满足了犯罪本体要件，也需要排除到犯罪圈之外。

从双层次犯罪论体系看，如果危害行为符合犯罪的本体要件，则具备了承担刑事责任的基础，不过，至此还不能认定行为构成犯罪，还需判断危害行为是否符合责任充足要件，比如，未成年、错误、精神病、醉态、被迫行为、正当防卫等。就责任充足要件而言，不仅仅是从行为人主观责任角度来谈的，也是从犯罪圈不断收缩的角度进行构建的。质言之，即使危害行为符合本体要件，如果危害性不大且没有处罚必要时，也需要排除其犯罪构成可能，比如，可以宽恕的免责事由、不问小事原理等。^{[19]p109-114}法律解释学视野下所追求的理性，不同于科学的、实证的“理性”，它毋宁是一种“可接受性”意义上的合理性。在英美刑法

当中,不但在实体上为刑罚的制约功能设计了合理机制,并且建构了控辩对抗式诉讼,为犯罪构成的解读和认定提供了实体与程序的双重标准。对罪构成对比分析可知,英美刑法的犯罪构成层次是以合法辩护形式充实刑事责任要件,是比较独特的犯罪构成模式,反映了犯罪构成的动态定罪过程,而不仅仅是静态的犯罪规格。^{[20]p36}与德日刑法的犯罪构成有类似之处,美国的犯罪本体要件与德国犯罪构成要件符合性在内容和功能上相当;德国的犯罪构成的违法性和有责性,在内容和功能上相当于美国的责任充足要件。也即,在美国的责任充足要件里面也蕴含了类似于违法性的价值判断,而这恰恰成为刑罚因素制约犯罪本体要件的重要表征。与我国的犯罪构成相比,美国刑法的双层次体系显然更具合理性。有学者明确指出:“显然,我国刑法犯罪构成理论尚欠缺这等理论学说,目前可用的法律资源是,在理论上用足犯罪罪概念的但书情节显著轻微危害不大的认为是犯罪这一具有刑事政策的法律规范。”

^{[20]p101}

总体上看,不论是英美刑法上的双层次犯罪论,还是德日的三阶层犯罪论,抑或是我国的平面式的犯罪构成,都在犯罪构成要素判断上充斥着价值判断,而这种价值判断或多或少反应了刑罚必要性和刑罚妥当性的考量,当然,正是这种包含了刑罚要素的价值判断构成了对犯罪构成解读的影响和制约。

四、以刑制罪的理性反思

理论界有些学者对以刑制罪持批判态度,以刑制罪是对罪刑法定原则的反动与颠覆,对刑事司法有百害而无一利,必须予以抛弃。^{[21]p130}我们认为,论者的观点有待商榷。首先,以刑制罪是方法论,本身没有违法与否之分,只是对其能否恰当适用;其次,以刑制罪虽然是刑法理论,但有深厚的法哲学基础,如果要探讨以刑制罪的负面意义,还需来到哲学层面进行讨论。

首先,以刑制罪带来的主观主义。分析以刑制罪的主观主义,还需回到哲学诠释学和现实主义法学中进行探讨。根据哲学诠释学,不管是视域融合还是诠释学循环,都是从不同维度构建解释者在文本解读过程中角色和功能。在规范文本解读中,解读者需从历史维度出发,考察规范文义在不同历史场景下应具有的时代含义。尤为重要的是,在哲学诠释学这里,解释本体为人而非文本,是解读者而非文本决定着规范文本的最终含义。从诠释学的发展沿革看,从神学诠释学到普遍诠释学,再到哲学诠释学,其发展轨迹已经昭示清楚,文本解读的重心发生了从作者到文本、再到读者的转变。至此,读者前见、前有和前理解都在规范解读中深刻影响着规范文义的揭示,这充分体现出哲学诠释学上的读者中心主义。“作品的真正意义并不存在于作品本身之中,而是存在于它的不断再现和解释中。对作品意义的理解,光发现作品的意义是不够的,永远具有一种不断向未来开放的结构。”^{[22]p20}在现实主义哲学这里,完成了对传统形式逻辑的批判,主张在规范解读中发挥解读主体的主观能动性。根据现实主义哲学,法律是经验而非逻辑,解读法律不是在形式逻辑中完成的,而是需结合法官经验才能完成规范解读。与此适应,法官在规范解读中的能动性和创造性得以发展,并通过司法判例在实践中不断体现出来。“当人们怀疑简单逻辑工具是否足够,甚至是怀疑还未显露出来和不那么有清醒意识时,就会要求法官来行使最高的特许选择权。”^[23]

其实,不管是哲学诠释学还是现实主义哲学,对读者在文本解读中的作用都置于重要位置,这无论是在形式逻辑还是普遍诠释学中都是见不到的。至此,文本读者与文本之间的关系发生了深刻变化,不是读者围绕文本进行含义揭示,而是文本围绕读者展示内涵。质言之,正是在哲学领域中,完成了规范解读中的价值色彩融入,将主体能动性提升到了新的层次。哲学是人文社会科学的方法论,哲学领域的解释视角转变也会影响到刑法学领域,在罪刑关系上产生持续影响,并在罪刑关系上凸显主体的能动作用。

其次，以刑制罪导致的后果主义。哲学诠释学对文本解读有重要期待，对规范有效性期望很高，即规范解读结果应该获得社会主体认可。鉴于此，读者在解读文本过程中，前见和前理解的作用开始凸显，政策要素、价值判断及政治诉求会成为影响解读文本的重要因素，而这些往往是后果主义的显著特征。质言之，读者从结果可能性出发，据此选择更优的解读结果。在现实主义哲学理论中，结果导向已经成为现实主义的理论标签，谈到该哲学流派就离不开结果导向主义。反映到美国的现实主义法学中，就是突破传统的三段论司法推理，建构从结果出发的倒三段论司法逻辑。根据现实主义法学，不是从罪名获得处罚结果，而是从结果出发选择应该适用的条文。现实主义哲学与哲学诠释学都是以刑制罪的哲学基础，在哲学领域中反映出来的理论发展和价值取向也会及时渗透到部门法领域当中。与由罪生刑相比，以刑制罪重视处罚结果考量，并通过处罚结果考量影响犯罪构成要素的解读。在这个过程中，量刑结果的重要性不言而喻，往往成为罪名构成与否与罪名选择的重要依据。在国内，甚至有学者将后果考量作为决定罪名认定的基础，并主张为了结果合理可以变换罪名。^[24]当然，论者的观点过于极端，未能合理界定结果导向在罪刑关系中的价值和作用。不过，从另一个方面看，表明了结果导向主义在以刑制罪中不是可有可无的，而是具有一定价值和意义的。

再次，以刑制罪产生的个体主义。在哲学视域中，个体主义往往是指行为人为人习惯于从个人维度出发理解规范文义，以至于在规范理解上习惯于体现实质正义而忽略形式正义，习惯于对规范理解的个别性而忽略系统性。在哲学诠释学理论中，强调作者的视域融合、解释学循环及解读的效果历史，不过，诠释学依然钟情于读者的文本解读，只是在文本解读中将读者置于更为重要的地位，并没有从宏观层面构建文本解读机制，致使解释循环的无限递归和意识形态的涉入。“的确，不断的对话只可能进一步模糊的作用，因为它可能导致病理学或意识形态上被扰乱的同意，在这同意中对话参与者接受了那些歪曲这种真是意义的证明和推理。”^{[25]p148}所以从哲学诠释学理论看，其更关注文本解读的有效性问题和个别性问题，却没有解决文本解读的客观性问题和系统性问题。显然，这对合理解读文本是远远不够的。在现实主义哲学这里，解释的个体性更为明显。根据实用主义理论，基于功利主义理念，主张充分发挥解读者的主观能动性，根据其经验和认知解读文本，更为关注文本解读的社会效果，当然，对文本解读的连续性、长期性和系统性，现实主义哲学没有给予充分关注。至此，奠基于哲学诠释学和现实主义法学的以刑制罪较为准确的体现了文本解读的个别性判断，强化个体主义在文本解读中的作用，对体现在文本解读中的个体正义与短期效应较为关注。鉴于文本解读的个体性色彩，会导致不同主体对文本解读呈现出不同的格局，也会导致同一在不同阶段解读文本出现差异，从而展现出在文本解读上的主观化和相对化特征。

对以刑制罪的不足的探讨，若立足于刑法规范之身进行探讨，在认识深度上和合理性上会存在不足，会对以刑制罪潜在的消极面向做出不当结论。基于此，回到支撑以刑制罪理论产生的哲学领域探讨以刑制罪在元理论层面存在的欠缺，对我们认识以刑制罪存在的问题更有指导价值，也更有方法上的意义。根据上文所述，以刑制罪体现出的主观主义、后果主义和个体主义是该理论的固有特性，当然，如果对其认识不当或者应对不足，会对刑法文本解读造成一定的消极影响。同时，从哲学层面上分析以刑制罪的不足，才能从哲学面相上构建以刑制罪的规范机制，显然，这比单从刑法层面上构建对策更有说服力。

五、以刑制罪的规范路径

在上文中，从不同维度探讨了以刑制罪存在的三个特性，其在赋予以刑制罪独特的运行模式和价值取向的同时，还存在潜在的威胁刑法基本原则的风险。对于以刑制罪的积极作用，我们不应该忽略，对于以刑制罪的不利影响，我们也应该给予充分的关注。

首先，构建法律商谈机制。以刑制罪的主观属性决定，司法主体在刑法规范解读对接个

案事实的过程中，会在立法者、文本与读读者三者之间打破平衡，凸显读者的能动性和创造性作用，并对立法原意和文本含义形成冲击，最终致使规范文义过多渗入司法主体的主观意愿，规范文义的客观性则会随之隐退。

根据以刑制罪的运行机理，司法主体需从刑罚必要性或妥当性出发解读构成要素。在这个司法逻辑中，司法主体对刑罚的制约功能关注无疑有利于规范解读的准确性，但同时也在放逐和消解规范的客观内涵，将过多的主观内容注入规范的文义范畴。另外，刑法必要性和妥当性考量也是司法裁量的内容，也即，危害行为的刑罚必要性和刑罚妥当性到底如何把握没有确定的标准，司法主体在权衡刑罚必要性和妥当性时也会为主观擅断滋生机会。如何通过制度设计防止司法主体解读规范文本流于主观随意，就需从法理商谈理论入手来解决问题。哈贝马斯提出：法律判决的正确性标准，从根本上看是判决过程中交往性辩论条件的满足程度，这些条件公式使公平判断成为可能。^{[26]p173}根据哈贝马斯的法律商谈理论，其宗旨就是为了应对哲学诠释学隐含的文本解读过于主观化的状况。法律商谈理论主张，司法主体应该创造性解读规范文本，但解读结果需要置于一个更大的范围内进行检验，在司法过程中，这个更大的范围就是法律共同体。换言之，当读者根据前见、前有、前理解解读文本之后，应该与其他参与者进行充分交流，以确保文本解读结果获得公众认可，以此推动文本解读的客观性与合理性。对法律进行解释的目的是弥合法律漏洞使疑难案件得到公正的解决，但是否‘公正’(并非有客观的统一标准，还依赖于当事人)社会大众的感知，因此法律解释必须强调多主体的互动和沟通。^{[27]p27}在司法程序中，设计的辩护和控诉程序，被害人与嫌疑人和解程序，司法判决的上诉和申诉程序都是在发挥法律商谈的功能。也即，通过所有人的参与，可以弱化文本解读的主观色彩，让文本解读更多呈现出客观化性质和结果，而这恰恰与法律商谈密不可分。“程序规则构成法律商谈的制度框架，弥补了法律商谈的理想化特征所带来的可错性和判决的不确定性。”^{[26]p173}

其次，界定以刑制罪的适用范围。作为一种思维方式，以刑制罪对刑法规范适用具有方法论的意义，可以更好推动危害行为与个罪规范之间的衔接。不过，从实践上看，以刑制罪的适用范围应该是有限的，不应该指向所有的刑事司法领域。换言之，唯有在疑难案件中才有以刑制罪适用的必要。其实，考察以刑制罪的哲学基础可知，其与哲学诠释学、现实主义哲学有密切联系，虽然哲学诠释学强调文本外因素的影响，现实主义哲学强调倒三段论，但同时，前者对如何保持文本的客观性保持关注，后者对防止逻辑规则被忽略保持警惕。“实用主义的进路允许法官撬开封闭的区域，但是，这样做要小心，并且首先要仔细甄别这么做的后果，即为了达到一些眼前的实际目标而打乱法律后果。”^{[28]p79}“尽管霍姆斯在法律理论中最大的贡献就是指出了规则模式和形式逻辑法律推理的不足，但他从来都没有认为规则与逻辑可以完全弃之不顾，他只是指出要在规则与逻辑之外用经验加以补充。”^{[29]p110}据此，在现实主义哲学这里，其司法进路也是有限的，应局限于封闭的区域，并弥补规则模式和形式逻辑法律推理的不足。至此，无论是从理论上考察，还是从现实实践出发，都可以发现以刑制罪的适用范围是有限度的，而非普遍适用于刑事范畴。从我国刑法理论上，有一种担忧就是，以刑制罪会对刑事司法实践构成损害，并会对传统的刑事司法逻辑形成威胁。实质上，以刑制罪与由罪生刑是补充关系而非排斥关系，前者是在后者不能发挥作用的领域才有价值空间，在典型的刑事案件中毋须引入以刑制罪理论，唯有在非典型刑事活动当中，即在刑事疑难案件中才有引入以刑制罪的必要。当然，这里的疑难案件是指规范疑难案件而非事实疑难案件。只有在规范解读出现困难时才需考虑刑罚的制约作用，而当事实认定出现困难时，借助无罪推定原则就可以解决问题。

再次，关注法治的系统性。与由罪生刑的系统化效果相比，以刑制罪的个案化色彩明显。根据现实主义哲学，其追求创造性、个别性、短期性和标准，却容易忽略连续性、系统性、长期性和规范，但恰恰是后者才是构建法治社会形态的核心要素。由罪生刑是形式法律逻辑

在刑事法领域的反应,以刑制罪则是实质法律逻辑对刑事法范畴的影响,由罪生刑关注系统性法治,以刑制罪则主张个案化效果。基于此,我们经常能看到,在以刑制罪发挥作用的地方,实质正义经常是司法主体追求的目标。不过,在形式正义与实质正义之间如何平衡是理论上和实践上的难题。换言之,在实践上,与个案正义对应的系统性法治往往被选择性遗忘,对此,应引起理论界与实务界的关注。既要引入以刑制罪方法论解决规范疑难问题,又要关注系统性法治的构建和维护,如何解决两者之间存在的冲突,我们认为,需从以下几个方面进行努力:第一,以刑制罪的适用只是由罪生刑的补充。也即,当司法主体通过以刑制罪阐释构成要素之后,还需通过三段论逻辑进行校验,判断以刑制罪的结果是否违背了形式法律逻辑;第二,在有效性和连续性之间保持平衡。以刑制罪是从有效性角度关注规范适用,由罪生刑则更倾向于规范的连续性,由此,通过以刑制罪介入规范解读过程不能破坏规范文义稳定性,也即,不能因为以刑制罪的适用导致刑事类推的发生;第三,文义解释与历史解释的结合。以刑制罪对规范文义的解读应该重视其历史背景,换言之,解读规范文义应关注其语用场域,不能仅仅局限于规范之身。通过强调文义解读的历史效果,可以更大程度上保证刑法规范解读和适用的一贯性和连续性,并保持系统法治的延续和推进。

参考文献

- [1]张明楷.刑法实质解释再提倡[J].中国法学,2010, 5.
- [2]劳东燕.刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的‘以刑制罪’现象”[J].政法论坛,2012, 4.
- [3]王华伟.误读与纠偏:以刑制罪的合理存在空间[J]环球法律评论,2015, 4.
- [4]张志铭.法律解释的操作分析[M].北京:中国政法大学出版社,1998.
- [5]温登平.“以刑制罪”思维模式批判 [C].陈金钊.法律方法(17)[A].济南:山东出版社 2013.
- [6][德]伽达默尔.真理与方法:哲学诠释学的基本特征[M].洪汉鼎译.北京:商务印书馆,2007.
- [7]潘德荣.方法论的危机与哲学诠释学[J].天津社会科学,2004, 4.
- [8]Oliver Wendell Holmes: The Path of The Law, Harvard Law Review, March 19,1997.
- [9]张芝梅.法律中的逻辑与经验[J].福建师范大学学报,2004, 1.
- [10]Lochner V. New York, 198 U. S. 45(1905).
- [11]Oliver Wendell Holmes,The Path of the Law, Harvard Law Review, March 19,1997.
- [12]连铮.透过形式正义追求实质正义的司法哲学[J].重庆科技学院学报,2009, 3.
- [13][美]本杰明·卡多佐.司法过程的性质[M].苏力译.北京:商务印书馆,1998.
- [14][德]克劳斯·罗克辛.“刑事政策与刑法体系”[C].文蔡桂生译.陈兴良.刑事法评论(26)[A].北京:中国政法大学出版社,2010.
- [15][德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特.德国刑法教科书[M].徐久生译,北京:中国法制出版社,2001.
- [16]陈兴良.刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通中国语境下的展开[C].中外法学,2013, 5.

- [17]何柏松、赵康.以刑制罪论有三点不妥[N]检察日报,2012- 2- 1, 3.
- [18]阮齐林.绑架罪的法定刑对绑架罪认定的制约[J]法学研究,2002, 2.
- [19]焦宝乾.分析学还是解释学——法律论证之知识属性辨析[J].法制与社会发展,2005, 3.
- [20]储槐植.美国刑法[M].北京:北京大学出版社,2005.
- [21]郑延谱.量刑反制定罪否定论[J].政法论坛,2014,6.
- [22]洪汉鼎.诠释学——它的历史和当代发展[M].北京:人民出版社,2001.
- [23]Oliver Wendell Holmes:Law In Science And Scienc In Law,Harvard Law Review, February 25,1889.
- [24]高艳东.量刑与定罪互动论: 为了量刑公正可变换罪名[J]. 现代法学, 2009, 5.
- [25] [美]乔治娅·沃恩克.伽达默尔——诠释学、传统和理性[M].北京:商务印书馆,2009.
- [26]郑永流.商谈的再思: 哈贝马斯<在事实与规范之间>导读[M].北京:法律出版社,2010.
- [27]文义解释的语用分析与构建 [J].政法论丛,2016, 3.
- [28][美]波斯纳.法律、实用主义与民主[M].凌斌、李国庆译.北京:中国政法大学出版社.
- [29]马聪.霍姆斯现实主义法学思想研究[M].北京:人民出版社,2009.

(责任编辑: 李明哲)

非法证据的派生证据排除规则 ——以以色列和欧洲人权法院为例

孙彩虹*

【摘要】以色列和欧洲人权法院对待非法证据的派生证据的态度，在理论上强调非法证据与派生证据的区别，在实践中倾向于保留对派生证据可靠性的考虑，这在很大程度上影响了它们对派生证据的排除。出于维护司法廉洁与保障人权的考虑，只要是渊源于违法行为取得的证据，无论是直接渊源还是间接渊源，适用的排除学说应该是密切相关、协调一致的，即所有非法证据排除规则的理论学说同样适用于派生证据的排除。在非法证据排除模式上，自由裁量排除模式更适合我国司法现状，但这种自由裁量应该是狭义上的，也就是有限的司法裁量权。这就需要为法院设立一套权衡法则，权衡的考量重点应放在被侵犯的公民权利属性、警察违法的严重程度、警方实施的措施、以及排除非法证据对于司法价值的实现等方面。

【关键词】非法证据 派生证据排除 以色列 欧洲人权法院

引言

学术界对非法证据有广义和狭义两种理解：广义的非法证据是指通过一切违法手段取得的言词证据和实物证据；狭义的非法证据仅指采用非法手段获取的被告人供述和来源于非法搜查、扣押的实物证据。非法证据排除规则的相关理论，则是从狭义的非法证据概念中产生和发展而来。本文中的非法证据是采用狭义的非法证据概念。对非法证据予以排除在理论和实践中均无异议，但对于间接源于非法取证行为的派生证据（Derivative Evidence），即非法证据的派生证据是否排除、如何排除等问题，在世界范围内都存在着较大的争议。在我国，学术界对于派生证据可采性及是否有必要建立派生证据排除规则亦没形成较为成熟的意见。本文以国外经验为借鉴，以2017年6月27日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合印发的《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》（以下简称“两高三部”《规定》）为契机，提出完善派生证据排除规则的建议，以期对构建我国派生证据排除规则有所裨益。

*孙彩虹：女，河南长葛人，上海政法学院法律学院教授、博士、硕士生导师，从事刑事诉讼法学研究。本文是“2017年度中国—上海合作组织国际司法交流合作培训基地研究基金项目”“跨国犯罪案件刑事证据问题研究”（项目编号：CNSC017045）成果。

一、以色列派生证据排除的司法实践：**法尔希诉以色列案（Farhi v. the State of Israel）**

2011 年法尔希诉以色列案（Farhi v. the State of Israel）是以色列法院迄今为止受理的唯一一起涉及排除派生证据的案件。在调查一起谋杀案时，以色列警方未掌握关于该案嫌疑人的任何线索。根据 1996 年《以色列刑事诉讼法》的规定，警方有权招募一些志愿者（非犯罪嫌疑人），采集他们的身体样本，以排查志愿者与凶杀案之间可能的联系。法尔希（经他同意）与其他志愿者一道提取了唾液样本。根据法律的要求，警察事先已明确告知法尔希，所提取的唾液样本不会被用于除该谋杀案之外的其他任何目的。经与谋杀现场发现的 DNA 图谱进行比对，警方排除了法尔希作案的嫌疑。但在随后调查的另一起连环强奸案中，法医回忆起曾经在上述谋杀案的调查过程中，遇到过相同的 DNA 图谱。经过比对，发现这一连环强奸案的 DNA 与法尔希自告奋勇接受谋杀案调查的 DNA 图谱一致。法尔希遂以强奸罪被逮捕。被捕后，警方要求法尔希配合提取唾液样本以确认 DNA 的鉴定，但遭到法尔希的拒绝。后来，在法尔希不知情的情况下，警察从他抽过的烟蒂中提取了 DNA，经过比对与连环强奸犯罪现场发现的精液痕迹相匹配。

法尔希以强奸罪遭到了指控，检方提交给法庭的主要证据有从烟蒂上提取的法尔希的 DNA，以及法尔希被逮捕时表示真诚悔改并作出的“没问题的坦白。”然而，在法庭上法尔希却翻供了。但根据检方出示的手机跟踪数据表明，案发时法尔希的手机信号一直位于三个强奸案现场附近。最后，地区法院驳回了法尔希提出排除警方获取的 DNA 证据的申请，认定了检方指控的所有罪行。

在上诉中，最高法院首先承认，警方违背了当初对法尔希所作的提取 DNA 样本不用于除谋杀案之外的其他任何地方的承诺，违反了 1981 年的《搜查和保护公民隐私法》，严重侵犯了法尔希的权利。接着，法院开始审查在非法证据排除规则下是否应该排除该证据（最初获取的 DNA）的使用。法院对 DNA 证据进行了分类，把在调查谋杀案中获取 DNA 样本作为初始证据（Primary Evidence），其余的作为派生证据。法院认为，如果没有警察的“违约”，随后的证据就不会被发现，可能法尔希也不会面临当前罪行的指控。显然，如果采纳初始证据将极大地危害到被告获得公正审判的权利，因此该证据应予以排除。

排除了初始证据，法院接着考虑在法尔希被捕后获得的派生证据的可采性。法院重申，上述对于初始证据的可采性标准也可适用于从它而产生的派生证据。就本案而言，对派生证据的排除需要考虑的主要问题是，获得初始 DNA 样本的违法性对发现后续证据的影响程度；尤其需要关注派生证据与初始证据之间“事实上的因果关系”，因果关系越紧密，派生证据受初始证据非法性“污染”的可能性就越大，从而其被排除的几率也大大增加。但法院同时强调，仅仅依靠二者之间“事实上的因果联系”远远不够，还需要建立一种“法律上的因果关系”，允许法院酌情考虑，以便确定派生证据的发现是否与非法获得的初始证据之间具有关联性。〔1〕虽然法院也认识到，在派生证据被非法初始证据严重“污染”的情况下，对其排除是合理的，但在审查派生证据与非法初始证据之间的因果关系时，不可能预先设定一个详尽的审查清单，而是需要建立在个案的基础上，特殊情况特殊分析。法院指出，“法律上的因果关系”是一个“必不可少的环节”，尽管存在“事实上的因果关系”，但二者之间如

〔1〕以色列最高法院指出，采用“双因果关系”说依据的是西班牙最高法院制定的一项类似公式。事实上，西班牙学说是以欧洲人权法院学说为蓝本，区分“自然”因果关系和“司法”因果关系。据西班牙判例，一般的规则是，只要派生证据与非法的初始证据之间存在因果关系，派生证据是不可采的；除非，该因果关系不是建立在非法的基础上。See Stephen C. Thaman, "Fruits of the Poisonous Tree" in *Comparative Law*, 16 Sw. J. INT'L LAW (2010), at 377-378.

果发生了实质性突破，因果关系已经减弱，此时排除派生证据的几率就会降低。〔①〕以色列最高法院的衰减理论是基于这样的假设：比如，警方非法搜查嫌疑人的住宅，发现了涉嫌实施犯罪的武器。该犯罪嫌疑人被带走接受调查，在警方明确告知其法律权利后，犯罪嫌疑人作了有罪供述。此时，非法搜查与随后的有罪供述虽然存在事实上的因果关系，但后者却不具备排除的条件。因为，嫌疑人的供述与武器是不同类型的证据，其供述的内容不能从武器的存在状态中推断出来。此外，嫌疑人也是在其权利受到依法保护的前提下自愿供述的。这些因素均有助于打破初始证据的非法性与嫌疑人供述之间事实上的因果关系。

就法尔希案而言，法院认为，初始的 DNA 样本（谋杀案中法尔希自愿留下的唾液样本）与其他证据之间存在不可否认的“事实上的因果联系”。然而，法尔希被捕后，在审讯过程中他享有了法律给予嫌疑人保护的所有权利，包括保持沉默的权利、委托律师的权利。因此，本案中其他证据的收集手段，包括手机跟踪数据、烟蒂中提取的 DNA、以及法尔希的供述，并不存在任何违法现象。问题的关键在于，非法初始证据是否“污染”了后续的派生证据，以及这些派生证据是否需要排除。法院认为，法尔希在被捕后对警方的自白应认定是自愿供述，这有助于打破派生证据与非法初始证据之间的因果关系。法院运用同样的分析，认为手机跟踪数据尽管与初始证据之间有事实上的联系，但这种联系已经很弱，况且它也是独立于非法证据之外、真实存在的调查数据。不过，法院对于从烟蒂上提取的 DNA 样本却有着不同的结论，认为警方后续提取的 DNA 样本与初始证据之间存在很强的因果关系，初始证据的非法性已经“污染”了它；此外，从效果上看，这两个证据的性质与内容几乎完全相同，而该证据（从烟蒂上提取的 DNA 样本）没有任何额外价值，只是使初始证据合法化的一种“漂白剂”（因为警方明白，直接使用初始的 DNA 样本肯定是不合法的）。如果采纳该派生证据，将会严重危害被告人接受公平审判的权利，因此应予排除。尽管排除了所有的 DNA 证据，但根据其它的派生证据，以色列最高法院最终还是维持了原判。

从现有判例看，一旦涉及严重的刑事犯罪，以色列法院在考虑派生证据的可采性时，并不将证据的合法性与犯罪行为危害性的同一级别的考量因素。正如丹齐格（Danziger）法官在法尔希案的意见书中所指出的那样，法院决定采纳手机跟踪数据的初衷，实际上是基于其不愿意排除那些本身真实的证据。看来以色列最高法院主张的“法律上的因果关系”说可以理解为，尽管派生证据与非法证据之间存在紧密的“事实上的因果关系”，但当排除派生证据要比承认它所付出的社会成本高时，基于政策的考虑，对派生证据的采纳也会被认为是合适的。

二、欧洲人权法院派生证据排除的司法实践：加洛诉德国案

欧洲人权法院（The European Court of Human Rights）并没有制定证据可采性的统一规则，但法院在审查违反《公约》第 3 条〔②〕获取证据时，会进行一种整体考量，即如果不排除这些非法证据，是否会导致整个诉讼程序的不公平，从而侵犯《欧洲人权公约》（以下简称《公约》）第 6 条规定的“公正审判”权。一般而言，对于通过“酷刑”获取的证据，欧洲人权法院将自动视其为是对《公约》第 6 条规定的违反，而不论该证据的证明价值如何；〔③〕但如果警方只是采用了虐待行为，被告人并没有遭受酷刑，遇到这种情形，从现有判例来看，欧洲人权法院的裁决并不完全一致。

在加洛诉德国（Jalloh v. Germany）案中，警察迫使申请人加洛（Jalloh）吞下催吐

① CA 4988/08 Farhi v. the State of Israel, section 20.

② 《欧洲人权公约》第 3 条：“不得对任何人施以酷刑或者是使其受到非人道的或者是侮辱的待遇或者是惩罚”。

③ Jalloh v. Germany, 44 Eur. Ct. H.R. Rep. 32 (2007); Levinta v. Moldova, 52 Eur. H.R. Rep. 40 (2011).

剂, 以获得装有可卡因的小袋子。欧洲人权法院认为, 这种方式虽不人道, 但并不会必然导致程序的不公平。然而, 考虑到该证据(可卡因)属于定罪量刑的关键因素, 采用这种措施以获得证据也会影响到案件整体审判的不公, 故应予排除。相反, 在盖夫根诉德国(GäFGEN v. Germany)案中, 类似的情形却被认为是公平的。申请人盖夫根绑架并杀死一名 11 岁男孩, 然后将尸体掩埋在附近的湖里, 随后以匿名信的形式向受害人父母勒索钱财。警方很快锁定并抓捕了盖夫根, 但盖夫根却拒绝透露受害人的藏身地点。鉴于受害人处于迫在眉睫的危险状态, 为了挽救男孩性命, 法兰克福警方不惜动用“令他肉体上经受巨大痛苦”的手段来威胁盖夫根。由于害怕警方使用暴力, 盖夫根被迫供述了杀人藏尸的犯罪事实, 并把警方带到埋尸地。警察对尸体进行了勘验, 并提取了申请人在湖边留下的车胎印记、衣物等证据。德国刑事法院认为, 盖夫根在审讯期间的所有供述, 都是警方采用法律禁止的方法获取的, 违反《德国刑事诉讼法》、《德国基本法》以及《公约》第 3 条的规定, 因此不予采纳。但法院驳回了盖夫根申请排除依据其供述所得的派生证据的请求, 包括在湖边发现的尸体、衣物、法医的尸检报告以及汽车轮胎痕迹等实物证据。法院强调被告人犯罪的严重性, 对于派生证据, 拒绝“自动”适用排除规则。理由是:“在本案中, 应该平衡被告人基本权利遭受的侵害程度(警方对他的威胁)与他被指控罪行(一个既遂的儿童谋杀案)的社会危害性, 显然, 排除这些证据(湖边发现的尸体以及尸检报告等)明显不成比例。”^[1]再说, 即便没有警察的非法取证手段, 这些证据也是能够被发现的^[2](这种观点被学术界称为“假设侦查流程”理论)。在随后的审判中, 盖夫根当庭作了两次有罪供述, 法院最终以谋杀罪和绑架勒索致人死亡罪, 判处盖夫根终身监禁。盖夫根不服, 一路上诉至德国最高法院、德国宪法法院, 但盖夫根的诉求均没有得到支持。

2005 年 6 月, 盖夫根向欧洲人权法院提出申诉, 坚称德国法院对于派生证据的采纳, 侵犯了他享有《公约》第 6 条规定的“接受公平审判”的权利。经过审理, 欧洲人权法院大审判庭指出, 虽然任何决定都必须考虑到案件的所有情况, 但是采用违反《公约》核心内容和绝对权利取得的证据, 总会严重影响诉讼的公正性。尽管如此, 大审判庭还是将《公约》第 3 条的两个组成部分进行区别对待, 认为采纳通过酷刑取得的证据必然违反《公约》第 6 条, 导致审判不公; 但是采纳通过不人道或有辱人格的手段取得的证据, 却不尽然。大审判庭的理由是, 对于《公约》第 3 条规定的绝对权利而言, 不允许进行任何的利益权衡, 但第 6 条本身却不代表这样的绝对权利。大审判庭这样阐述他们的观点: 如果违反《公约》第 3 条的行为对申请人盖夫根的诉讼结果产生了实质性影响, 即可判定审判的公正性和第 3 条项下权利保护的有效性受到了威胁; 但如果非法获得的证据对审判结果无关紧要, 即便采纳了该证据也不必然导致不公平的审判。接着, 大审判庭评估警方违反《公约》第 3 条对盖夫根案诉讼结果产生的影响, 大多数法官认为, 即便德国法院排除了源于非法自白而获取的派生证据, 但根据申请人在法庭上的两次自愿供述, 完全可以对他进行定罪, 而无需借助于派生证据。法院对派生证据的采纳, 不是用来证明申请人有罪, 而是对他坦白事实的真实性进行检验。另外, 大审判庭还认为, 警方违反《公约》第 3 条的行为对申请人在审判中的供述并没有产生影响。理由是, 在审判前, 申请人的辩护律师与法院均已告知他有权保持沉默以及他先前的供述已被排除的事实, 但申请人强调, 他是为了赎罪而自愿供述。据此大审判庭推定, 没有证据表明申诉人的供述是申请证据排除失败后的直接结果, 无论德国法院是否决定排除那些派生证据, 申请人都可能会选择自白。此时, 申请人当庭自愿供述, “有效阻断了

^[1] 在德国司法实践中, 判断非法取证手段是否引起派生证据的排除, 法官既需要考虑这些非法取证手段是否侵犯被告人基本权利, 又要结合个案情况, 权衡被告人利益和追诉犯罪维护社会秩序的执法利益。See Mireille Delmas Marty, J. R. Spencer eds, *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, 2008, p. 606.

^[2] John D. Jackson, Sarah J. Summers, *The Internationalisation of Criminal Evidence*, Cambridge University Press, 2012, p. 191.

违法调查与依据证据定罪之间的关系链”。虽然警方的这种取证行为使被告人遭受“不人道的待遇”，但并不违反《公约》第6条，因为对被告人的定罪主要是基于他在法庭上的两次自愿供述，即便采纳派生证据对申请人后续的定罪判刑有联系，但对申请人的审判整体来看是公平的。最后大法庭以11票对6票的多数，裁定该案没有违反《公约》第6条。^①

当然，也有学者并不认同欧洲人权法院大多数法官所坚称的观点，认为“只有在采纳了被‘污染’的证据影响到诉讼结果的情况下，审判才是不公正的”，这种主张似乎不妥。^②由于“派生证据与非法证据之间存在因果联系，因此，派生证据已被非法证据所‘污染’，采纳已被‘污染’的派生证据自然会对案件最终的审判结果产生影响。”^③另外，申请人在法庭上的自愿供述，以及国内法院对派生证据的有限使用（只用来检验申请人自白的真实性），并不能稀释派生证据的违法性，因为它既不能阻断派生证据与非法证据之间的因果联系，也不能消除因非法证据进入诉讼程序所产生的危害。当然，法官指出的《公约》第3条两个组成部分之间的差异也难以令人信服。按照《公约》第6条的要求，对于违反第3条规定所取得的任何证据均应予以排除，因为“一个可接受和可信任的刑事审判，如果建立在违反《公约》这样一个绝对禁止的证据基础上，很难说是公平的。”^④

盖夫根诉德国案是欧洲人权法院第一次面对如何处理使用不人道或有辱人格待遇的手段获得派生证据的难题，不过，一些学者却将大审庭对该案的最终裁决理解为欧洲人权法院对“毒树之果”学说的否定。事实上，欧洲人权法院一再强调，作为一个原则，对于违反《公约》第3条取得的任何证据，即便是在法庭上呈现的真实证据，都需要排除。否则，整个审判就是不公平的。

三、以色列与欧洲人权法院派生证据排除规则的评析

（一）派生证据排除规则的理论依据

在非法证据排除的理论依据上，以色列采用单一的理论模式，要求法院保持司法廉洁性，这种单一的理论模式意味着摒弃了解释非法证据排除的其他补充理由。而欧洲人权法院尽管强调司法廉洁性，但事实上也参考了威慑理论与权利保护理论。笔者认为，欧洲人权法院在排除非法证据时所考虑的附加理由比以色列略好一些。无论采用哪种理论学说，非法证据排除规则的重心在于规范违法行为直接获得的证据，以色列最高法院和欧洲人权法院尽管承认将非法证据排除规则的效力扩展至派生证据，但在适用上，派生证据与非法证据之间一直存在着明显的区别，凡是涉及到重罪案件，这两个法院都会运用暧昧的平衡理论——以色列采取“双因果关系”说、欧洲人权法院则权衡非法证据对审判结果的影响，以避免排除派生证据。而这些“技术”标准又将证据“可靠性”的权重大量放置在了非法证据排除规则的框架之内，表现出“查明事实真相”远胜过保护被告正当权利的目的。

① Gäfgen v. Germany, 52 Eur. Ct. H.R. 1, para. 167,173 (2011).

② See Stefano Maffei, David Sonenshein, The Cloak of the Law and Fruits Falling from the Poisonous Tree: A European Perspective on the Exclusionary Rule in the Gäfgen Case, 19 COLUM. J. EUR. L. 21 (2012-2013), at 24-25; Martha Spurrier, Gäfgen v. Germany: Fruit of the Poisonous Tree, 5 EUR. HUM. RTS. L. REV. 513(2010), at 516 ;etc.

③ See Ana Maria Torres Chedraui, An Anaysis ofthe Exclusion of Evidence Obtained in Violation of Human Rights in Light of the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, 15 TILBURG L. Rev. 205(2010-2011), at207.

④ Heiko Sauer, Mirja Trilsch, Gäfgen v. Germany: European Court of Human Rights Grand Chamber judgment on Prohibiting Torture in Situations Where Other Lives May be at Stake, and the Admissibility of Evidence Secured Under Threat of Torture, 105 AM. J. INT' L. 313(2011), at 318 .

（二）非法证据排除模式

从实践层面看，以色列与欧洲人权法院的非法证据排除制度表现得过于宽泛和模糊，尤其是涉及到派生证据的排除，法官对证据可采性均享有极大的自由裁量权。在平衡法则的框架内，法官可以对各种因素进行“综合考量”，以决定是否排除非法证据，增强刑事诉讼程序的正当性。但由于每个法官对影响因素的权衡不同，宽泛的自由裁量权也容易导致判决结果的不确定性，继而侵蚀司法公信和被告人合法权利。

但这也并不意味着，自动排除模式要比自由裁量排除模式更加优越，笔者认为，非法证据排除的自由裁量主义要比自动排除更能产生良好的威慑效果。因为“在警方不能确定可否会发生证据排除的情况下，这实际上就可以增强威慑力；在美国，由于排除规则相对明确，警方已经学会如何规避它，这也是它的缺点之一。”^①此外，自由裁量主义还可以避免因非法证据排除所产生的消极效果。比如，由于轻微的违法取证行为而导致那些犯有严重罪行的被告被宣判无罪，从社会整体利益来看，这样的结果也并非完全公正。当然，也有学者反驳，认为自动排除规则比自由裁量主义更能体现对人权的保护，因为法官“综合考量”之后，很多证据事实上都是被采纳的。^②可见，仅从操作层面看，法院单纯采用刚性的自动排除亦或是宽泛的自由裁量排除，都很难完全满足其制度设计时理想化的价值追求。

（三）派生证据的可靠性考虑

以色列和欧洲人权法院的非法证据排除制度倾向于保留对证据可靠性的考虑，这在很大程度上影响了它们对派生证据的排除。通过上述案例分析不难发现，隐含在以色列法院和欧洲人权法院裁决中可靠性因素所占的分量。以上述案件为例，以色列法院在法尔希案中承认了大多数的派生证据，欧洲人权法院在盖夫根案中则采纳了所有的派生证据。事实上，法院对这些派生证据的采信很大程度上是囿于实物证据可靠性的考虑。虽然按照它们的法律规定，非法获取的实物证据也应予以排除，但以色列法院和欧洲人权法院仍不情愿排除这些证据，主要是因为，不论实物证据的收集手段是否合法，通常不会影响到它的可靠性，它是经得住检验的，而大多数派生证据则多为实物证据。

（四）被指控犯罪的社会危害性

在以色列，如果涉嫌严重的刑事犯罪，法院一般不太情愿排除非法所得的证据，认为当犯罪嫌疑人的权利遭到非法侵犯时，证据排除也并非是一个适当的补救措施。同样，欧洲人权法院也认为当公共安全或个人权利正面临迫在眉睫的危险，证据取得方法是可以有例外的。这主要是基于对惩治犯罪与保障人权之间进行的利益平衡，对于这种平衡理论，不少学者认为存在概念上的错误，因为它是建立在“公共利益可以对抗个人程序性权利”的假设之上。

对此笔者认为，首先，真相不能胜过权利，刑事诉讼中保护权利是追求事实真相的前提。刑事诉讼的公正，旨在追求事实真相的同时也要尊重个人权利。应该说，重罪案件（比如杀人案）比任何案件都更需要权利的保护。其次，法院在进行利益平衡时，由于不存在事先确定的标准，极易导致武断的结果，在进行利益权衡时，法院可以通过解释来达到预定的结果。面对罪大恶极的被告人，如何处理非法获得的证据，法院自然要承受巨大的社会舆论压力，此时罪行的严重性也就成为法院拒绝排除证据的“法外”理由。事实上在实践中，大多数国家也是将利益平衡作为实现公平裁决的一种工具。但无论如何，指控罪行的严重性是绝对不能成为非法收集证据的借口。再次，如果在严重的刑事案件中无视正当程序规则，将很难保障司法的廉洁性。同时也意味着，罪行越严重，被告人所接受公正审判的机会反而越小。

^① Christopher Slobogin, A Comparative Perspective on the Exclusionary Rule in Search and Seizure Cases, Social Science Electronic Publishing, 2013, p. 23.

^② Stephen C. Thaman, Constitutional Rights in the Balance: Modern Exclusionary Rules and the Toleration of Police Lawlessness in the Search for Truth, 61 U. TORONTO L. J. 691 (2011), at 693.

四、域外派生证据排除规则对我国的启示

我国是否有必要建立派生证据排除规则，这是不容回避而亟需解决的问题，关键在于如何合理建构派生证据排除规则。2017年6月27日“两高三部”《规定》对非法证据排除程序从侦查、起诉、辩护、审判等多个环节进行了严格规范，进一步细化了非法证据的范围和认定标准，确立了一些新的规则，尤其是重复性供述的排除规则，让人们看到了我国确立派生证据排除规则的未来希望。从上述案例的介绍和分析中可以看出，派生证据规则的内容相当复杂，而排除规则也一直处于发展和变化之中。域外派生证据排除理论与实践对我国刑事证据立法，尤其是如何设立派生证据排除规则具有很强的借鉴意义。

（一）权利保护论与司法廉洁论应作为我国非法证据排除的理论基础

笔者认为，在我国，权利保护论与司法廉洁论作为非法证据排除的理由更具说服力，而威慑论则是一种经验推测，假如非法证据排除对警察的影响非常小甚至不能震慑警方的再次违法，那么它就不应作为唯一或主要的非法证据排除的理论依据。但从规范层面看，“威慑”也应视为非法证据排除的理由，至少它为规范警察侦讯活动设置了行为标准。

此外，不能过于强调“非法证据”与“派生证据”之间的区别，非法证据排除规则所要实现的司法廉洁性与保护公民基本权利的制度价值，对派生证据而言同样重要。法令行则国治，法令弛则国乱。依法治国，必须要重视程序法的功能。我国宪法明确规定了公民的人身自由、住宅、通讯自由和秘密不受侵犯，为了保障公民的宪法性权利不受侵犯，我国刑事诉讼法必须明确国家权力机关取证的权限和具体程序，同时还应明确违反法律规定的消极后果——如违法者的行为无效，取得的证据及其派生证据不能作为定案的根据，或者行为者要受到行政甚至是刑事制裁等。因此，法院应该把重点放在权利被侵犯上，而不是非法获得证据的性质或类型上，只要是渊源于违法行为取得的证据，无论是直接渊源还是间接渊源，适用的排除理论应该是密切相关、协调一致的，也就是说，所有非法证据排除规则的理论学说同样适用于派生证据的排除。

（二）在非法证据排除模式上，自由裁量排除模式更适合我国司法现状

就我国而言，民众普遍对政府的权力抱有很高的信任感和依赖感，对犯罪行为表现出深深的憎恶和恐惧，而对被害人则寄予了很大的同情。试想，当一名被指控犯有故意杀人罪的被告仅由于警察搜查手段的不合法而将由此取得的证据作为非法证据予以排除，从而使凶手逃脱；或是在一起贩卖毒品案中，仅由于收集到的毒品是由其他非法证据派生而言就不具有可采性，从而使毒犯逍遥法外时，相信绝大多数公民是难以理解和接受的。纵观世界各国，除美国之外，没有哪一个国家实行了比较彻底的非法证据排除规则，包括派生证据排除，大多数国家是在保护人权、强调公民个人权利与自由和惩罚犯罪、必要时牺牲个人利益之间寻求一种平衡。故而，在对待间接源于非法行为的派生证据的态度上，给予法官一定的自由裁量权，只有这样，权利保护与司法廉洁论才有可能得到进一步的促进。但这种自由裁量应该是狭义上的，也就是有限的司法裁量权。这就需要为法院设立一套权衡法则，在某些特定情况下以决定是“砍树弃果”还是“砍树食果”。但无论如何，一个合理的排除理论是不应考虑与犯罪控制相关的因素，包括指控罪行的严重性、证据的可靠性以及该证据对于定罪的重要性等。否则，查明事实真相就会胜过保护正当程序的目的，导致非法证据排除成为仅仅为那些没有任何社会代价的轻罪所保留的制度。

故此，法院权衡的考量重点应放在被侵犯的公民权利属性、警察违法的严重程度、警方实施的措施、以及排除非法证据对于司法价值的实现等方面。当然还要着重考虑警察的主观恶性，因为这不仅关涉到威慑的目的，也是基于警察罪责程度去评估违法严重性的重要因素。总之，法院只要有足够的确信，在涉及违反宪法或公民基本权利的情况下，就应排除非法获

得的所有证据，以维护被告人权利、保障司法廉洁，同时实现对执法机关的威慑。

（三）非法证据排除的范围宜宽不宜窄

在我国，非法证据排除范围究竟应不应该包括间接渊源于违法行为的证据，法学界迄今并没有形成较为成熟的意见，而在实务部门几乎也找不到任何相关的裁判先例。笔者认为，随着我国全面深化改革进入攻坚期，人民群众对法治政府的要求越来越高，人权保障的范围亦应不断扩大。非法证据的排除范围不仅要包括以刑讯逼供、威胁、引诱等方式取得的言词证据、非法取得的实物证据，而且也应该包括违法行为所衍生的派生证据。不过如上分析，派生证据是否可采，应综合考虑多重因素，由法官结合违法取证的具体情况行使自由裁量权。笔者建议，可根据取证行为的违法程度、违法性质以及警察主观恶性的大小，可将非法取证行为分为：严重违法的取证行为和轻微违法取证行为，二者的区分标准应以是否侵犯嫌疑人或被告人的宪法性权利为依据。例如，以采取刑讯逼供的方式取得了被告人的供述，然后根据该供述的内容发现了相应的证据（包括一些信息内容），无论是言词证据还是实物证据都应该排除。如果肯定其派生证据的定案效力，不仅有违公正之基本理念，而且对侦查人员以后的非法取证行为也无法达到阻吓的效果。但是，如果侦查人员通过非法手段获得的证人证言、被害人陈述，然后又以该言词证据为线索获得了其他派生证据，在这种情形下，证人证言、被害人陈述固然不能作为证据来使用，不过其派生证据却应具有定罪的效力，因为该派生证据的取得并没有侵犯犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

（四）设置派生证据排除的例外规则

为了平衡惩罚犯罪与保障人权的紧张关系，在考虑“非法证据”与“派生证据”之间的因果联系时，可借鉴国外经验，确定派生证据排除规则的若干例外。在美国，联邦最高法院在适用“毒树之果”规则时，又确认了“独立来源例外”、“必然发现例外”以及“因果联系衰减例外”等规则，目的是在平衡实体真实与个人自由之间，程序上作出的一定程度的让步。2017年6月27日“两高三部”联合颁布实施的新《规定》，对于重复自白的排除设定了两种例外情形：一是在“侦查期间，根据控告、举报或者自己发现等，侦查机关确认或者不能排除以非法方法收集证据而更换侦查人员，其他侦查人员再次讯问时告知诉讼权利和认罪的法律后果，犯罪嫌疑人自愿供述的”；二是在“审查逮捕、审查起诉和审判期间，检察人员、审判人员讯问时告知诉讼权利和认罪的法律后果，犯罪嫌疑人、被告人自愿供述的”。这既不是一排到底，也并非完全采纳，而是采取“主体更替说”。虽然也有学者质疑，在我国这样同质性较高且追诉倾向较强的司法体制和办案模式之下，单纯变更取证主体，恐无法有效切断先前刑讯逼供行为的影响。但笔者认为，在我国的制度背景之下，惩治犯罪和保障人权同等重要，这样规定不仅是实现实体公正和程序公正、惩罚犯罪和保障人权相平衡的恰当处理，同时也不愧为一项证据规则的新突破。

关于监察委员会的监察范围研究

刘强强*

【摘要】第十二届全国人大常委会第二十八次会议对《中华人民共和国监察法（草案）》（以下简称《草案》）进行了审议，将《草案》在中国人大网公布面向社会征求意见。国家监察体制改革是事关全局的重大政治改革，是国家监察制度的顶层设计。深化国家监察体制改革的目标，是建立党统一领导下的国家反腐败工作机构。实施组织和制度创新，整合反腐败资源力量，扩大监察范围，丰富监察手段，实现对行使公权力的公职人员监察全面覆盖，建立集中统一、权威高效的监察体系，履行反腐败职责。但是监察范围真的完全意义上的扩大，还是某些方向性的扩大，监察法草案出台前，这些监察对象是怎样的等监察对象是本文研究的问题。

【关键词】 监察委员会 纪律检查委员会 公职人员 监督 监察

引言

纵观历史，各朝各代都有反腐；放眼海外，腐败是个世界性难题。十八大以来，中国掀起的“习式反腐”却让世人眼前一亮。知名历史作家二月河说，当前的反腐势头可谓是“蛟龙愤怒，鱼鳖惊慌，春雷一击，震撼四野”，“现在的反腐力度读遍二十四史都找不到”。但是靠制度反腐才是最终的选择。反腐上不封顶，“苍蝇”也不放过。如今“老虎”和“苍蝇”有了共同的名字——国家公职人员。这就是《草案》的监察对象，这也是本文的研究对象。

一、 监察委员会的监督范围概述

（一）监察委员会监督范围的设置

根据《国家监察法草案》第十二条，监察机关按照管理权限对下列公职人员进行监察：中国共产党的机关、人大机关、行政机关、政协机关、监察机关、审判机关、检察机关、民主党派和工商联机关的公务员及参照《中华人民共和国公务员法》管理的人员；法律、法规授权或者受国家机关依法委托管理公共事务的组织中从事公务的人员；国有企业管理人员；公办的教育、科研、文化、医疗卫生、体育等单位中从事管理的人员；基层群众性自治组织中从事集体事务管理的人员；其他依法履行公职的人员。这个草案实现了对所有行使公权力的公职人员监察全覆盖，这是建国以来监督人员范围最广的一部法律。对于原因，中纪委研究室解释说，这是因为习近平总书记在党的十九大报告中指出，组建国家、省、市、县监察委员会，同党的纪律检查委员会合署办公，实现对所有行使公权力的公职人员监察全覆盖，明确了国家监察体制的改革的目标和方向。党内监督全覆盖必然要求国家监察全覆盖。实现

* 刘强强：上海政法学院法律学院2017级研究生。

监察全覆盖符合中国特色政治体制和文化传统。实现监察全覆盖是深入推进党风廉政建设和反腐败斗争的现实需要。中纪委的态度十分鲜明，或许其作为党的纪律检查机构更多的是从党的领导和反腐的角度来释疑。这种分析的政治性十分鲜明，而我本人更想从学术的角度分析，对国家监察法草案监督的范围进行研究。

《方案》将试点地区人民政府的监察厅（局）、预防腐败局及人民检察院查处贪污贿赂、失职渎职以及预防职务犯罪等部门的相关职能整合至监察委员会。《中华人民共和国行政监察法》第一条规定为了加强监察工作，保证政令畅通，维护行政纪律，促进廉政建设，改善行政管理，提高行政效能，根据宪法，制定本法。目的很明确是为了满足行政工作的需要，彼时监察还属于行政的一部分，但依然是根据宪法制定。虽然《国家监察法（草案）》第四条规定国家监察工作应当坚持依宪依法，以事实为根据，以法律为准绳。但是该规定只是对监察委员会的工作要求，其并没有赋予监察委员会本身存在的合宪性。目前监察改革将国家监察委作为独立的国家机关甚至和一府两院平行却没有立法宪法依据确有违宪之嫌。那么原先的监察厅的职能整合到监察委员会到底代表着什么？根据行政监察法第十五条，国务院监察机关对下列机关和人员实施监察：国务院各部门及其公务员；国务院及国务院各部门任命的其他人员；省、自治区、直辖市人民政府及其领导人员。第十六条规定县级以上地方各级人民政府监察机关对下列机关和人员实施监察：本级人民政府各部门及其公务员；本级人民政府及本级人民政府各部门任命的其他人员；下一级人民政府及其领导人员。从此我们可知监察机关不仅可以监察政府人员还可以监察省部级以下各级政府，而国家监察委的监督范围是公职人员，可以说只对人监督不对机关监督，从监督对象来看说是范围广而种类单一，可以将监察委总结为监督公职人员的机关，这种监督可以理解为监督的独立性和专门性加强，这种监督机关却很难有自身的性质，其定位更多强调它的功能，很难与行政机关、审判机关、检察机关平行，但是我们又要保证它的独立性以发挥其监督作用。那怎么解决这个难题呢？以我个人看法，全国代表大会应成立一个国家监察委员会，闭会期间受人大常委会领导，但仅是工作领导，组织人员与财政不受常委会的限制。监察委员会不仅可以各类公职人员，还可以进行宪法监督，因为监察委员会是最高权力机关的工作机构，所以以其监督各类公职人员更加合理，从《国家监察法（草案）》第十五条第一项规定监察委员会有维护宪法和法律法规的监察职责的规定看，国家监察改革也有这方面的意向，而且这也可以维持行政机关、审判机关、检察机关运行的稳定性，更有利于国家机器的正常运转，以免打破国家机关的政治平衡，同时又加强了对公职人员的监督。从国家监察改革的目的来看，更多的加强监察监督的职能，而非必须成立一个与一府两院平行的国家机关。将原先的监察厅的相关职能整合到监察委员会的决定要求并没有在《监察法（草案）》中完全体现，这也导致有关学者认为国家监察委员会可以监督人大的违宪问题。由此看来，国家监察委的改革并不是简单的将有关机构的职能简单相加，这种整合更具有重塑性。所以这对研究监察委员会的监督范围更有价值。

（二）监察委员会的监督性质

从监察委员会自身性质分析，监察委员会作为一个政治机关，其监督性质则既非行政监督，也非司法监督。虽然其与中国共产党纪律检查委员会合署办公，但也不属于党内监督。因为监察委员会属于国家机关而且是国家政治机关，所以监察委员的监督具有政治监督的性质。由于政治监督具有高度的盖然性，所以监察委员会的监督范围是非常广泛的，涵盖了所有公职人员。但是这种政治监督也不是没有限制的，我国即将出台国家监察法目的就是规范监察委员会的监督，以及使之与行政监督、司法监督有机统一，共同发挥监督作用。

监察委员会的改革使得政府的监察厅（局）、预防腐败局及人民检察院查处贪污贿赂、失职渎职以及预防职务犯罪等部门的相关职能整合至监察委员会。这就使得监察委员会的监督性质容易与原有的行政监督与检察机关的法律监督相混淆。但是，监察委员会的监督与行

政监督以及法律监督有着明显的区别。行政监督仅限于在行政系统内部监督，而监察委员会的监督是对所有公职人员的监督，其中则包括对公务员的监督，由此看来监察委员会的监督远远大于行政监督对象的人员范围。监察委员会的监督与检察机关的法律监督相比，监察委员会的监督为一般监督，其中不仅包括纪律监督还有违法监督等。检察机关的监督仅限于专门性的法律监督，所以监察委员会的监督更具有综合性。

二、 监察法（草案）十二条第一项人员所受监督的变化

（一）公务员与公职人员的关系

该项规定的对象有中国共产党的机关、人大机关、行政机关、政协机关、监察机关、审判机关、检察机关、民主党派和工商联机关的公务员及参照《中华人民共和国公务员法》管理的人员，其中包括执政党与参政党，国家权力机关、行政机关、司法机关甚至工商联机关中的公务员，其人员性质为公务员。根据《公务员法》第一条规定为了规范公务员的管理，保障公务员的合法权益，加强对公务员的监督，建设高素质的公务员队伍，促进勤政廉政，提高工作效能，根据宪法，制定本法。第二条规定本法所称公务员，是指依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员。那么公职人员是否就等于公务员？答案是否定的。公职人员的范围明显大于公务员，因为他们从事公职依据是不同的。公务员履行公职的依据是法律法规，而其他公职人员也可能是受国家机关的委托等。但是该项为什么不直接规定为公务员，而一一列明这些公务员所属的单位呢？这些单位的公务员范围难道与《公务员法》规定的公务员范围不一致？根据语义解释方法，这两个公务员应该是不同的。这样我们可以理解例如没有公职的人大代表也在《国家监察法》的监督范围之内等。所以该项列举的监督对象不仅仅是因为国家监察法要突出其政治职能和权力的独立性和表明国家反腐无死角式的决心，而且确实扩大了法律监督的范围，将社会监督、舆论监督的一部分转化为法律监督以增加监督的法律性，这也符合依法治国的基本方略。

（二）加强对执政党、参政党以及权力机关中公务员的多重监督

我国现行的法律中关于中国共产党的文字主要是说明坚持中国共产党的领导原则以及在各种机构中设立党组织的要求等政治条文，在国家监察改革之前还没有一部法律规定对于共产党员的监督做出明确的规定，对于党员的监督主要由《中国共产党章程》、《中国共产党纪律处分条例》、《中国共产党党内监督条例》等党规党纪。在十八届四中全会的报告中明确指出党内法规体系是中国特色社会主义法治体系的组成部分，虽然这一宣告还没有法律效力，但还是看的出执政党对依法治国的决心，任何组织人员都须受法律的监督，不允许任何人有特权包括执政党本身。并且由于党员在公务员占了较大比例，而且中国共产党并不属于国家机构，所以在之前的法律中并没有关于监督中国共产党机关公务人员的明确规定。目前我国的公职人员中有一定的比例并非中国共产党党员，这也是设立监察委员会的原因之一，这在一定程度上弥补中国共产党纪律检查委员会的监督的死角。根据山西省官方统计，以运城县为例，改革前后共有监察对象 11.9 万人，与监察委员会成立前相比增加了近一半。从这个真实例子看，监察委的成立并不是简单的对中纪委的简单修补。

对于人大机关的公务员的监督在《选举法》第十章规定了对人大代表的监督与罢免。但这种处分力度仅限于罢免人大代表的资格。对于政协机关公务人员的监督在法律中并无明确的规定。在现有法律条文中出现政协委员的文字的只有香港和澳门的基本法，而且是规定选举委员会的组成人员。在场人大常委会的决议决定中也有出现政协委员的文字，但都是政协委员参政议政的事项，其实参政议政也是一种监督，不过这是对中国共产党的监督，而不是对政协委员的监督。至于对行政机关公务人员的监督在《行政监察法》中已有体现，主要是对行政违纪违法的人员予以行政处分包括职务处分和财物处分。对于监察机关的公务

人员的监督，以前的行政监察机关主要是上级监察机关对下级监察机关的层级监督，从目前的《国家监察法（草案）》的相关规定，其内部监督同原来的行政监察机关一致，同为层级监督。对于审判机关和检察机关中公务人员的监督，我国已有《法官法》、《检察官法》已有相关规定，主要是从任免、任职回避、考核、惩戒、辞退等方面做了相关规定，但这只是审判机关和检察机关内部监督的具体规定。对于民主党派和工商联机关中公务人员的监督，一方面在宪法中说明民主党派在统一战线中重要组成地位，另一方面在人大的各项决议中多次说明民主党派政治协商和民主监督的作用。但这都是说明民主党派作为监督者而不是被监督者。唯一一次出现对民主党派的监督还是在毛泽东在《论十大关系》中提出中国共产党与各民主党派长期共存、互相监督。而且在出台1982年宪法的同年，中共十二大明确提出了中国共产党同民主党派“长期共存、互相监督、肝胆相照、荣辱与共”的方针。这是执政党在对各民主党派监督的经典表述，但这只是政党间的监督，并没有上升到法律制度层面。而对于工商联的法律表述主要出现在五年计划纲要、立法计划、政府报告决议中出现，都是作为表达意见的机关出现，并无其他事项，对工商联机关中从事公务人员的监督更是无从谈起。还有是参照《公务员法》管理的人员也在草案中出现。所以，国家监察法的出台以及监察委员会的设立不是要取代什么法律和相关机关，而是整合相关的资源来加强反腐力量，例如《法官法》、《检察官法》、《公务员法》也是监察委员会的工作依据，《国家监察法（草案）》第十八条之规定则印证了这一点。而且草案也将共产党和各民主党派甚至工商联机关的公务人员也纳入了监察范围，则大大加强了监察力度，增强了监察机关的独立性。

三、监察法（草案）十二条第二、三、四项人员所受监督的变化

（一）监察法（草案）十二条第二项人员所受监督的变化

第二项规定法律、法规授权或者国家机关依法委托管理公共事务的组织中从事使公务的人员受监察委员会的监察。公权力机关包括国家机关和法律法规授权的组织，当这些被授权的组织中的人员行使公权力时，这些人员以及行为就应该到法律的监督。^①对于法律法规授权的组织和国家机关委托管理公共事务的组织的相关规定大多出现在行政法规和政府规章中，因为政府的行政职能十分的广泛，管理的事项也随之广泛，但又因为某些管理事项需要专业的只是，而且也没有单独设立行政机构的必要，所以就会出现大量的被法律法会授权的组织。根据《行政复议法》与《行政诉讼法》，行政相对人对法律法规授权的组织以及行政机关委托管理公共事务的行政行为有争议可以向行政复议机关复议或者向人民法院起诉。需要注意的是，虽然之前的法律也对法律法规授权的组织 and 行政机关委托的组织做出的行为给与行政相对人一定的救济方式。但这些救济方式与监察委员会的监督方式有很多区别。第一，监督主体与监督方式不同。行政复议是行政机关的内部监督，行政诉讼是人民法院的内部监督，而监察委员会的监督是属于独立监督机构的专门监督。第二，被监督主体不同。行政复议与行政诉讼监督的对象都是国家行政机关，监察委员会监督的对象是公职人员，是人而非机关组织。第三，行政处分与监察政务的处分区别。根据《国家监察法（草案）》第十八条规定监察机关依据相关法律对违法的公职人员作出政务处分决定。因为国家监察改革，将原来行政监察机关的职能整合到监察委员会。所以《国家监察法（草案）》所规定的政务处分是广义的行政工作上的政务处分而非狭义上对行政机构及人员的行政处分，监察委员会所言的政务处分的范围更加广泛。值得注意的是，行政机关委托的组织所作的行政行为，委托的行政机关是被告。这样看是委托者负责，而没有将责任具体到被委托者以及在被委托方中从事公务的人员。虽然这种追责方式有利于规范行政机关的委托行为，但并不能保证有一

^① 胡锦涛：《论监察委员会“全覆盖”的限度》，载《中州学刊》，2017年第9期。

个规范的委托结果,惩戒一个机关或者一个组织的威慑远没有追究具体责任人更有说服力。这也是设立国家监察委的重要原因以及国家监察委独特的监督方式。

(二) 监察法(草案)十二条第四项人员所受监督的变化

与第二项所列的监督对象相比,第四项所列的“公办的教育、科研、文化、医疗卫生、体育等单位中从事管理的人员”与其有一定的渊源。在我国,高等学校一直被简单地定位为事业单位。事业单位在法律上的定性是,“国家为了社会公益事业目的,由国家机关或者其他组织利用国有资产举办的,从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织”。根据《教育法》、《高等教育法》、《学位条例》,国家将颁发学业证书、学位证书的权力赋予高等院校,以此高等院校也被视为“法律法规授权组织”。^①而《国家监察法(草案)》并没有将这些组织简单的概括为事业单位,一方面是事业单位的去行政化改革,另一方面是事业单位的法律定位还是比较模糊的。但是事业单位和企事业单位大量出现在各种法律中的,与国家监察改革很密切的《刑法》第五十四条、第九十三条、第一百六十六条、一百六十七条、一百六十八条、第二百五十五条、第二百八十条、第三百八十二条、三百八十七条、第三百九十一条、第三百九十六条等11个条文18次出现事业单位字样,而且多次出现在罪名当中。虽然事业单位和(草案)第十八条第四项规定的对象是否一致并不明晰,但可以肯定的是二者范围基本一致。但不同的是,《刑法》中单位可以作为犯罪的对象,而监察委只可以对这些单位中的管理人员进行调查,虽然(草案)规定监察委员会对涉嫌职务犯罪的,将调查结果移送检察机关依法提起公诉。但仅限于对职务犯罪的人员并不包括犯罪单位。这对《刑事诉讼法》规定的侦查等工作的衔接十分不契合,这也是需要相关法律间进行配合立法以保证法律体系的完整性,这样才有利于惩罚犯罪以及保证人权。

(三) 监察法(草案)十二条第三项人员所受监督的变化

至于第三项中的国有企业管理人员,在《公务员法》中规定公务员可以与公务员进行人员交流,他们本身就从事着公共事务而且有可能在行政机关工作,原有的法律也对其进行了相关规定,例如《公司法》、《证券法》等都对国有企业进行相关规定,但主要是对国有资产管理的监督,虽然也涉及一些关于国有资产管理人员的监督但都是比较笼统。《刑法》第一百六十九条规定了徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪,这是对国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员,徇私舞弊,将国有资产低价折股或者低价出售,致使国家利益遭受重大损失的惩罚,这是妨害对公司、企业的管理秩序罪,同时也属于(草案)第十七条规定的监察机关对徇私舞弊以及浪费国家资财等职务违法和职务犯罪进行调查权力的一项。

四、监察法(草案)十二条第五项人员所受监督的变化

(一) 从事集体事务管理的人员由与公职人员的关系

广义上,公职人员是从事公共事务管理与服务的工作人员。狭义上,公职人员是在国家支持设立公共事业岗位中从事管理与服务的工作人员,这种公职人员所从事的工作具有国家政策性。从广义上说,在基层群众性自治组织中从事集体事务管理的人员属于公职人员的一种。但从狭义上讲,在基层群众性自治组织中从事集体事务管理人员并不属于严格意义上的公职人员。因为集体事务更具有小范围的社区性,并且具有强烈的自主性,监察委员会不宜直接介入。但是集体事务在某些情况会影响国家利益,在此时监察委员会才具有介入的正当性。如何界定从事集体事务管理是规范监察委员会对基层群众性自治组织的管理人员的监督是否具有正当性关键因素。所以,监察法需要明晰基层群众性自治组织中从事集体事务管

^① 吕艳辉:《高等学校“法律法规授权组织”定位之理论检视》,载《当代法学》,2007年第1期。

理的人员具体含义，以防出现不必要的法律冲突。

（二）基层群众性自治组织中从事管理的人员所受的监督

该项规定基层群众性自治组织中从事集体事务管理的人员也属于监察委员会的监察范围。这一项与前四项有着明显的区别，前四项监督的人员不管本身具有什么身份，但最后都有一个从事公务管理的公职人员。无论是村民委员会还是居民委员会其都是自我管理、自我教育、自我服务的自治组织，更多的强调其自主性。其中的管理人员也是通过民主直接选举产生，居委会与村委会没有任何国家权力。再者，根据《民法总则》第一百零一条规定，居民委员会、村民委员会具有基层群众性自治组织法人资格，可以从事为履行职能所需要的民事活动。很明显民法已经承认基层群众性自治组织具有法人人格，但是说其是公法人则完全行不通的。所以，无论是从我国的基层群众性自治制度还是从民法上的基层群众性自治组织法人，都很难说明基层群众性自治组织中从事集体事务管理的人员属于国家公职人员。但是基层群众性自治组织可以经行政机关授权行使一定的行政行政行为进而受到监察委员会的监察。^①基层群众性自治组织有限的行政权，即基于法律、法规授权或者基层人民政府委托而行使的行政管理权限。^②有学者提出中国村民自治制度的产生与发展是农民的主动性制度创新与国家的强制性制度供给相结合的过程，村民委员会是独立于国家之外的一类新的行政主体。^③《刑法》第三百八十二条规定贪污罪的犯罪主体为国家工作人员以及受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的，以贪污论。《刑法》第九十三条规定本法所称国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。以此类推，基层群众性自治组织中从事公务人员的才称得上是国家工作人员，国家工作人员应该和国家公职人员同意，但在基层群众性自治组织中从事集体事务管理的人员管理的是集体财产而不是国有财产其不能以国家工作人员相论。但从《国家监察法（草案）》第十八条第五项规定来看，已经将从事基层群众性自治组织中从事集体管理事务的人员视为国家公职人员，这已经表明国家加大了对基层群众自治组织的干预，在一定程度上将基层群众性自治组织国家化。或于是因为随着改革的深入推进，国家对基层群众性自治组织的投入不断加大，由于基层群众性自治组织中从事集体管理事务的人员将接触到大量的政府财政补贴，为了预防防止此类人员贪污阻碍改革步伐，以保障基层自治组织的合法权益。但我个人认为没有这个必要，原有的法律制度也能解决此类问题，而且直接将从事集体事务管理的人员纳入国家监察法规制，涉嫌违反《村民委员会组织法》、《居民委员会组织法》中的民主监督、民主管理。而且此项也可以通过（草案）前四项解决，或者是修改第五项的表达，直接将从事集体事务管理的人员改为从事国家工作的人员更为准确。

结 语

我们可以从《监察法（草案）》的条文当中看出国家要加强反腐败的力度，也可以看出条文中的监察范围并不明晰，监察手段与《刑事诉讼法》的衔接并不完善，从而导致监察手段不规范甚至有可能侵犯被监察对象的合法权益。对监察对象进一步的明晰和对监察手段的

① 孙日华：《行政解释的实然与应然》，载《东方法学》，2010年第1期。

② 罗欧：《论村民委员会的行政主体地位》，载《河南省政法管理干部学院学报》，2009年第6期。

③ 李迎宾：《试论村民自治组织的行政主体地位》，载《行政法学研究》，2000年第4期。

进一步的规范则是监察法规定的重要对象,希望立法机关对此予以重视,否则国家监察改革的同时会带来更大问题。

参考文献

- [1] 胡锦涛.《论监察委员会“全覆盖”的限度》[J].载《中州学刊》,2017年第九期.
- [2] 吕艳辉.《高等学校“法律法规授权组织”定位之理论检视》[J].载《当代法学》,2017年第一期.
- [3] 李迎宾.《试论村民自治组织的行政主体地位》[J].载《行政法学研究》,2000年第四期.
- [4] 孙日华.《行政解释的实然与应然》[J].载《东方法学》,2010年第一期.
- [5] 罗欧.《论村民委员会的行政主体地位》[J].载《河南省政法管理干部学院学报》,2009年第六期.
- [6] 焦洪昌、叶远涛.《论国家监察体制改革的修宪保障》[J].载《北京行政学院学报》,2017年第三期.
- [7] 胡锦涛.《论国家监察体制改革语境下的宪法修改》[J].载《北京行政学院学报》,2017年第五期.
- [8] 徐海燕.《国家监察体制改革及其分析》[J].载《北京行政学院学报》,2017年第三期.
- [9] 朱福惠.《国家监察体制之宪法史观察》[J].载《武汉大学学报》,2017年第三期.
- [10] 魏昌东.《国家监察委员会改革方案之辨正:属性、职能与职责定位》[J].载《法学》2017年第三期.
- [11] 童之伟.《国家监察立法预案仍须着力完善》[J].载《政治与法律》,2017年第十期.
- [12] 丘川颖.《国家监察体制改革的宪法问题》[J].载《安顺学院学报》,2017年第二期.
- [13] 叶海波.《国家监察体制改革的宪法约束》[J].载《武汉大学学报》,2017年第三期.
- [14] 秦前红,底高扬.《从机关思维到程序思维:国家监察体制改革的方法论探索》[J].载《武汉大学学报》,2017年第三期.
- [15] 马怀德.《〈国家监察法〉的立法思路与立法重点》[J].载《环球法律评论》,2017年第二期.
- [16] 张建伟.《法律正当程序视野下的新监察制度》[J].载《环球法律评论》,2017年第二期.
- [17] 秦前红.《困境、改革与出路:从“三驾马车”到国家监察》[J].载《中国法律评论》,2017年第一期.
- [18] 陈光中,邵俊.《我国监察体制改革若干问题思考》[J].载《中国法学(文摘)》,2017年第四期.
- [19] 秦前红.《监察体制改革的逻辑与方法》[J].载《环球法律评论》,2017年第二期.

(责任编辑: 杨晔)

社会化视角下未成年人暴力人格的形成与防控

张恺芹*

【摘要】 现阶段犯罪人的低龄化和犯罪行为的暴力化日趋严重，部分人远在刑事责任年龄之前就表现出极强的攻击性行为和反社会倾向。本文秉持的观点不同于弗洛伊德的暴力本性说，而以暴力习得的角度对未成年人暴力人格的形成予以分析。未成年阶段是人格塑造的关键时期，具有暴力因素的家庭、学校环境，媒体“暴力美学”的渲染等都有可能导导致未成年人在社会化的过程中因不能妥善解决其中的矛盾和心理障碍而形成暴力人格。所以关注未成年人暴力犯罪人格的形成，从源头上防控，尽早识别其异常的人格才是问题的关键，这样既能避免日后对社会造成更大的负面影响，又能及时为具有暴力犯罪人格早期特征的未成年人及时提供心理干预和纠正。

【关键词】 未成年人 暴力人格 社会化

一、暴力人格的简述——攻击与暴力的习得

暴力行为是指对他人或他物故意实施的破坏性的攻击行为，是直接体现在暴力和反社会行为中的攻击行为。而在未成年阶段，其一部分行为可能并没有明显的暴力性的外化表现，但依然要引起足够的重视，以免造成进一步的恶化。

弗洛伊德认为人具有暴力本性，如果认为人类具有天生的攻击驱动力，即暴力本能，这种驱动力不能得到恰当的管理和控制（即良好的社会化过程），就有可能转化为暴力行为，在这种前提下，将得出一个悲观的结论，就是我们只能对天生的攻击驱动力予以一种暂时的控制，通过对社会和环境的设计阻碍暴力的发生。但是，目前研究者在人类行为中还没有发现任何本能的、固有的、遗传决定的行为。^①所以，本文认为暴力行为是习得的，也就是说其在很大程度上受到个体在社会化过程中的各种情境、社会环境等变量的影响，这样会得出一个更加乐观的结论——攻击在人类生活中并非不可避免。只要探明在攻击和暴力的获得和保持中哪些因素扮演者重要的角色，就可以通过控制这些因素来改变人类的行为。

二、暴力人格的初始特征

1872 年，犯罪学创始人龙布罗梭提出：“在研究和理解犯罪之前，必须首先了解犯罪人”。^②了解犯罪人，这是犯罪预防的前提和基础。所以明晰暴力犯罪人格的行为表现及初始特征有助于对未成年人的暴力人格进行进一步的研究及防控。

* 张恺芹：上海政法学院 17 级刑法学在读研究生。

① [美] curt R.Bartol Anne M.Bartol.李玫瑾等译：《犯罪心理学》，北京中国轻工业出版社，2017 年版第 123 页。

② 李玫瑾：《构建未成年人法律体系与犯罪预防》载《法治杂志》，2005 年第 3 期第 32 页。

本文所讨论的暴力人格是人格异常中的一种，人格异常通常指的是一类在心理、人际和神经生理方面具有明显异于常人特征的人。区别于反社会型人格障碍，我们主要关注的是天性善良但由于个体在社会化过程中，尤其在其未成年时期，经历过虐待和抛弃或者从家庭、学校、媒体等媒介中获得的负面影响，从而致使其产生某种异常的人格。人格异常与犯罪和暴力之间的关系是密不可分的，伴有人格异常特征的未成年人极易在其人生中出现有暴力倾向的行为，但并不一定意味着具有人格异常的未成年人都会有暴力倾向。因此识别具有人格异常特征的未成年人很重要，旨在尽早对其进行及时干预和治疗。

（一）有明显早期特征的暴力人格

2013 年 11 月 25 日，重庆一名 10 岁女孩在电梯内对一个小男孩进行拳打脚踢，尔后将其带到家中继续殴打，最后致其从 25 楼坠落。这一案件引发了舆论对于未成年人暴力行为的广泛关注。根据调查，重庆摔婴案行为人很早就表现出异于一般孩子的异常行为表现，如：在其妈妈摔倒时不呼救，而是坐在那里自己玩耍；捏碎蜗牛，从二楼往下扔小狗等虐待动物的行为；经常打人以至于在同学在人缘不好等。^①在此案例中，这一小女孩表现出的冷漠、缺乏共情能力、虐待动物、被同伴排斥等现象与未成年人该有的单纯、善良、柔弱特征截然相反，所以在类似案件中儿童的暴虐人格特征和行为的异常表现值得关注。

1、品行障碍

品行障碍是指有一连串持续不良行为的特征，不良行为包括欺凌、斗殴、对他人使用武器或威胁对他人使用武器、破坏财产、性侵犯以及严重的违法行为。除了这些具有暴力性的行为之外，在未成年时期旷课、离家出走、喝酒、抽烟、习惯性撒谎等并不具有暴力因素的行为同样应该注意。

例如终身持续型犯罪人，其特征是在生命早期、远早于刑事责任年龄之前就表现出反社会倾向。具体而言，在神经系统方面，幼儿期的坏脾气、注意力缺陷障碍、儿童期注意缺陷多动障碍和青春期的学习障碍；在社交方面，他们被同辈疏远，令大人讨厌；在情感方面，他们几乎没有任何共情和关心，与家庭疏离，往往是虐待成性和爱操控的人，他们极易冲动行事，缺乏内省。

2、唐纳德症状

一些研究者发现，虐待性系列杀人犯在早期很可能有这样的行为表现，例如：不适龄尿床、故意纵火企图造成严重损失、虐待动物，也就是麦克唐纳症状（MacDonald triad）。^②但不能简单根据以上所描述的行为表现来进行暴力风险的预测。

以虐待动物为例。研究显示，虐待动物被视为一种缺乏共情能力的行为。所谓共情能力是指：对他人情绪和精神状态及行为进行推测的能力。一般而言，对他人情感的感受或对他人观点的采择，可以有效抑制攻击行为。暴力犯罪与共情能力两者之间应该呈现一种负相关，低共情个体可能会具有高反社会行为，并且常始于儿童期和青少年期。^③如果虐待动物的行为发生在童年，它可能是严重行为问题的征兆。研究人员发现，残忍对待过动物的年轻人出现严重的人际暴力的可能性是没有虐待动物史的年轻人的 3 倍。

然而以此对未成年人的暴力人格进行分析和预判、不可轻易下结论，虐待动物获取可以被视作反社会和暴力行为的早期危险信号，但不应该单独用它来预测未来的暴力行为。比如人在童年时期几乎都有踩死蚂蚁、拍打猫狗等行为，这不能算作残忍，也不能当做暴力人格的早期征兆，但是折磨鸟类、青蛙；摔打、虐杀猫、狗就是很严重的暴力行为的征兆，要警

① 《重庆女童虐婴案真相——还原冷漠与袒护下的危险童年》载西部时报，最后访问网址 <http://cq.bendibao.com/news/201419/40312.shtml>。

② 吴宗宪：《国外系列杀人案件研究概述》载《江西公安专科学校学报》，2001 年第 3 期。

③ 郭笑等：《暴力犯的冷酷无情特质在暴力风险水平和恐惧情绪识别之间的中介作用》载《中国健康心理学》，2017 年第 25 卷第 9 期。

惕对待并给予及时的教育。

（二）无明显早期特征的暴力人格

我们普遍将具有前述特征（逃学、喝酒、打架等）的未成年人，归为“坏孩子”一类，他们不听学校、家长的管束，而做出一定的具有暴力风险性的行为，这类未成年人的行为问题很容易被觉察并做出相应的应对措施。然而，近些年一系列高校杀人案的出现，引起了我们的思考。例如：复旦投毒案、朱令案、药家鑫案等。这些成绩优异、名校就读，曾经被认为的“好孩子”却在步入成年之后实施了如此惨绝人寰的暴力犯罪。那么对于这些在未成年时期教育经历丰富、成绩优异、社会性发展很好，有很好的成长环境的人，如何识别其可能具有的暴力人格？

对于这一问题，可以从家长方面入手，对于孩子的溺爱的、不拒绝的培养方式，将导致其人格的异样成长，使其缺乏对生命的敬畏。未成年人是被动的弱者，他的弱小和被动都决定他的一切是成人造成的。客观的讲，抚养人对被抚养者具有生命的决定权，物质的提供权和个性的决定权，不恰当、不科学的教育方法会在孩子的心中埋下暴力因素的种子，或早或晚，遇到某些诱因就会萌发。

三、未成年人暴力人格的形成因素

人从幼儿期、儿童期到青少年期，是一个在社会化过程中不断的学习的过程，这种学习始于一种最基本的方式，称其为“模仿”。儿童的很多行为是通过观察父母或者周围重要他人的行为而获得的，这个过程叫作模仿或者观察学习。因此，儿童的行为模式一般是通过模仿他人获得的，不管这个人是真实的还是想象的。研究发现，在以下几种情况下，儿童最容易学会攻击行为：有很多观察攻击行为的机会；个人的攻击行为得到了强化；经常成为攻击的目标。

且先抛开天生犯罪人不谈，秉承人生而善良的理念，未成年人之所以会形成暴力人格，是因为在社会化过程中，在所接触的家庭、学校、外界环境中受到了负面的具有暴力因素的影响，其形成的反社会行为和生活方式是一种适应性的社会行为，是社会模仿的产物。一个孩子在其早年生活中经历的社会风险因素越多，经历社会风险因素的概率越高，就越容易走上违法和犯罪道路。

（一）家庭因素

父母和家庭向来是未成年人的第一所学校，研究表明，性格教育的最佳年龄范围是 6 岁之前，这一阶段所形成的性格是不会轻易被改变、被消失的，所以在孩子接触社会环境、形成自身性格之前，家庭环境和教育至关重要。而且父母的教育水平、相处模式以及是否有犯罪史等因素与其提供给未成年人的生活环境和人格榜样密切相关。比如长期处于争吵，乃至家庭暴力环境中的未成年人，或多或少的会形成某种有关暴力的心像，成为暴力人格形成的模仿样本。

1、教养方式

儿童期出现注意缺陷多动障碍以致后来的早发型品行障碍，其部分原因可归咎于不称职和强制性的抚养方式。Diana Baumrind 确立了四种父母教养方式：专制型；放任型；忽视型；威信型。不同的教养方式决定了未成年人人格、性格形成的类型的不同。

专制型的家长按照预先制定的绝对行为标准塑造、支配和评价孩子的行为。专职的家庭有许多必须严格遵守的规章制度，这些规定往往不容置疑，父母也不做解释。他们希望孩子绝对的服从，偏离和违背父母意志的行为将受到惩罚，其中可能包括体罚，尽管体罚会给孩子造成生理和心理的消极影响，但父母的专制并不是最可能导致孩子出现暴力人格的因素，这要考虑惩罚的方式和体罚的程度，如果超过限度的体罚和虐待，这属于儿童容易学习攻击行为的几种情况的第三点：经常成为攻击的目标。研究表明，童年时期遭受虐待等暴力行为很容

易导致孩子形成难以抑制的冲动和攻击人格或者形成逆反心理,潜移默化中形成通过暴力手段解决问题的思维方式,为其日后的暴力性、攻击性行为埋下种子。

放任型父母对孩子的行为表现出放纵、不惩罚、不管教且接受的态度,甚至对其表现出攻击性的暴力行为也如此,也就是说无形中对其暴力性格进行了强化。在这种类型的家庭里,父母视自己为“资源供应者”,随时满足孩子的需要。他们很少监管孩子,在孩子的社会化中几乎不起任何作用。这种教养方式需要在未成年人的品行教育中着重强调自律性和是非观,否则可能使其形成任性妄为、自负的性格,甚至认识不到自己的暴力行为会对他人造成不适。忽视型父母很少参与孩子的生活或活动,对孩子表现得淡漠。他们对孩子既不提出要求,也不做出回应,甚至会主动拒绝或完全无视他们自己应尽的抚养孩子的指责。此类教养方式相当于家庭监护的缺失,是未成年人违法犯罪的最危险的影响因素。

与前三类相反,威信型父母试图采用理性和基于问题的方式来指导孩子的活动。父母和孩子在做决策时经常交换意见,沟通时抱着一种开放的精神,他们秉持坚定、一致的家庭规则和标准,鼓励孩子发展独立性和个性,这种模式的显著标志是理性的讨论并伴有社会控制,是有益于未成年人人格健康发展的一种教养方式。

2、家庭缺失

在家庭模式中存在以下几种情况,可能对未成年人的抚养教育和人格培养存在一定的负面影响。比如单亲家庭、留守儿童家庭、和父母忙于工作对未成年人疏于照顾的祖孙辈家庭和孤儿。缺少监护的家庭的未成年人比其他同龄人更有可能变成反社会的人,缺乏自律,形成暴力人格。

与生活幸福的完整家庭相比,处于家庭缺失状态的孩子更可能会受到同辈的歧视或嘲笑,而且由于亲情的缺失,很大程度上其学业或生活疏于管教,缺少共情能力的培养,乃至会做一些出格的事情企图引起周围人的注意,比如摔砸东西。祖孙辈家庭的模式中,祖辈往往仅关心未成年人的物质生活状态,往往忽视对其心理健康的引导,或者心有余而力不足。

3、经济条件

或贫穷或富有均不是未成年人暴力人格的决定条件,均需家庭教育的正向引导才能避免暴力人格的产生。但是仍然要分析这一因素的影响,不可忽视。

富裕的家庭能够带给未成年人以更好的学校教育、物质条件,却容易在心理上产生偏差,例如没有原则纵容和溺爱或者父母忙于经营只关注与给孩子提供更好地物质生活条件。还有,富裕家庭通常对未成年人拥有更周全的保护,导致其缺失面对挫折的经验,致使其在日后遇到不合心意的事情或者不可预见的挫折时无法解决心理上产生的不平衡,而实施某些暴力行为。

贫穷是指其基本的生活资源相当匮乏,并低于所在地区平均生活的情况。大量研究都强调了贫穷对儿童发展的不利影响,研究表明,无论是未成年男性还是女性,贫穷都是青春年少暴力犯罪的最有力的预测指标之一。^①生活贫困,意味着未成年人有可能去条件较差的学校,容易辍学,父母更多的经历放在改善家庭经济条件上,可能会对未成年人采取强制性的、暴虐性的单一方式进行教育,给孩子提供了一种暴力的榜样和暴力的生活背景。生活在一个不利的环境中并伴有体罚也可能促使孩子们相信,要生存下来并获得社会地位,就得用攻击性的暴力方式对待他人。

(二) 同伴风险因素

未成年人接触社会的下一阶段,就是同伴关系,儿童的同伴关系对每个孩子的社会和情感发展都有独特而重要的作用。^②在这一时期,同伴的影响力会增加,父母的影响力相对下降。是否建立了良好的同伴关系,是否是品行良好的孩子建立伙伴关系,都是未成年人人

^① 李玫瑾:《构建未成年人法律体系与犯罪预防》载《法治杂志》,2005年第3期第33页。

^② 李慧:《儿童同伴关系的研究》载《科协论坛:下半月》,2012年第2期。

格形成的影响因素。

是否建立了良好的伙伴关系,也就是是否出现同伴拒绝的情况。研究表明,早年被同伴拒绝是预测以后反社会行为的重要指标之一,在未成年时期,被同伴喜欢和接受是一项及其重要的发展任务,一般会让儿童获得健康的心理和社会发展,使其获得亲社会的健康人格、有效的社交技巧。所谓“近朱者赤、近墨者黑”,与品行良好的孩子建立伙伴关系是对未成年人人格的正面导向。承前述观点,被拒绝和孤僻的孩子容易被吸引到不良群体中,因为其中的成员与自己有许多相似之处,而该类群体通常会结伴进行一些打架斗殴、抢劫等具有暴力因素的行为,从而进一步助长了其中未成年人暴力人格的形成。

(三) 学校风险因素

以目前大部分家长的视角来看,学业成功或失败的唯一表现就是成绩的高低,学校也是只关注升学率和学生的成绩,而相对于更重要的方面则有所忽视,例如:教育未成年人树立正确的人生观、价值观,明白生命的意义、培养优良的品质等。在功利思想的主导下,学校对行为不良的孩子难以进行及时的纠正教育,而仅给予直接而粗暴的体罚或者直接开除。学生在学业上的失败通常导致辍学、留级、家长和老师的指责或体罚、同伴的嘲笑等后果,这些后果的负面影响和反社会行为以及暴力人格的形成有关。

(四) 媒体风险因素

当今的未成年人是在媒体大爆炸的环境下长大的,科技产品和社交媒体已经不可避免的出现在处于生理和心理成长期的未成年人身边,而其中良莠不齐的媒体信息或者电影电视情节都会对其产生潜移默化的影响,这之中有关暴力的新闻或画面情节都对未成年人的暴力行为起到了一定的示范、刺激和诱导作用。^①甚至有一种发展趋势是一些电影或电视中所宣扬的“暴力审美”,这些暴力情节是由“正面”角色做出的,这些角色都是富有魅力的形象。大部分媒体都将暴力美化了,没有展现暴力后的长期负面后果,几乎有 3/4 的暴力行为实施者没有悔意、没有受到批评和惩罚,更没有情感反应。媒体暴力对儿童的影响远远大于对成年人的影响,儿童更容易受到媒体暴力的长期影响,在暴力情境中,当暴力实施者的行为得到奖励后,儿童可能认同他们的行为,这会对儿童造成极坏的影响。

不只是影视和网络中充斥着暴力文化,游戏的影响力更甚,根据对视频游戏的调查,其中大约 90% 的内容包括暴力内容,将近一半的游戏包括直接指向他人的严重的暴力行为。如果说电影电视媒体中的暴力因素对未成年人来说是一个被动接受的过程,那暴力游戏则是一个虚拟的主动实施的行为,随着时间的推移,总是接触攻击行为的儿童就会形成一种观念——这个世界充满敌意,攻击是被认可的社会行为方式,是最有效的解决问题或获取事务的方式。日积月累,这种观念就会成为个体人格的一部分。

四、未成年人暴力人格的预防和控制

未成年人是否会表现出暴力倾向,取决于其所处的家庭和社会环境是否良好、接受教育的方式是否正确等因素。如果不进行有效的预防和控制,暴力人格很可能会延续到成年阶段,做出更为严重的犯罪行为,造成社会危害。所以要对未成年人的暴力犯罪行为进行全方位、综合性的防控。

(一) 社会方面

1、把家庭视为第一关注对象

对未成年人暴力人格最成功的干预通常最先改善父母教养方式和家庭环境。某些家庭关系和父母的教养方式很容易加重孩子的暴力违法犯罪行为,而不同的教养方式可以起到阻碍作用。研究表明,与未成年人出现暴力行为关系最密切的家庭特征是父母对儿童行为照顾

^① 崔海英、高玉龙:《未成年人暴力犯罪行为的原因及防控》载《预防青少年犯罪研究》,2014年第3期。

不到位、监管不力、无原则或原则混乱、缺乏家庭的亲密感和凝聚力。相应的，在感情亲密、家庭凝聚力强的家庭里，儿童能够的到足够的情感支持、情感交流和充分的爱，这些对于预防未成年人暴力人格的形成至关重要。

家长应该学习和提升自己的教养方式，在教育中尽量避免单一的、暴力的行为，建立和谐融洽的家庭气氛，增加陪伴孩子的时间，注意言传身教的作用，父母的言行和对孩子的态度以及相处模式均会潜移默化的影响到未成年人的行为方式，要想避免未成年人的暴力人格，首先要杜绝暴力的父母。^①总之，最有效的预防和矫治项目要开始于人的早年，致力于改善儿童的积极的社交能力、亲社会能力和共情能力，促使其形成健全的人格。

2、学校教育模式的变更

学校应从传统的“分数至上”的观念，转变为更加注重培养未成年人正确人生观、价值观。应开展形式丰富，内容深刻的法制教育，着重培养法律意识，也就是使未成年人对暴力行为的负面后果有清晰而明确的认识。同时还要注重加强心理健康教育，着重关心家庭缺失或具有家庭矛盾的未成年人，给予充分的关心，是学生能够自我保护，自我调适，体会到学校和社会的温暖，增强应对挫折的能力。学校对出现品行障碍的具有暴力倾向的学生要及时予以引导并给予纠正教育，要明确自己在问题学生教育上的重要作用，明确自己的社会责任，不可以一味的将这类学生推向社会，而要加强管理和教育，注意教育方式，防止其恶化发展为暴力犯罪人。

3、视频媒体和游戏的年龄限制

在对视频媒体和游戏的年龄限制这一点上，美国的电影分级制度值得我们研究和借鉴。美国电影分级制度是由美国电影协会（Motion Picture Association of America, “MPAA”）负责组织的由家长们组成的委员会，根据电影的主题、语言、暴力程度、裸体程度、性爱场面和毒品使用场面等，代表大部分家长可能给予的观点对电影进行的评价。其目的是提前给家长提供电影的相关信息，帮助父母们判断哪些电影适合特定年龄阶段的孩子们观看。^②这一制度同样可以适用于游戏当中，可以对我国正在实行当中的“游戏防沉迷系统”进行改进，将游戏种类和适宜的用户年龄均进行分类和限制。两会期间，全国政协委员于欣伟建议我国应尽快建立游戏分级制度，出台强制性分级标准，从严格把控对抗程度（血腥、暴力）等方面制定标准。这样能够在最大程度上对未成年人所接触的视频媒体和游戏当中的暴力因素做影响最小化的处理，有利于未成年人健康人格的形成。

（二）法律方面

前述对社会、家庭环境的严格把控，对预防未成年人暴力人格的形成有一定的效果，那么对于那些已经出现了严重的暴力行为，或者是暴力人格的初始特征行为的未成年人，应该适用怎样的方法来及时制止这种行为或者人格的延续？这就需要法律手段的干预和控制。

1、身份罪错

身份罪错是来源于美国少年司法中的概念，是指：未成年人实施的、但如果成年人实施同样的行为则被认为是合法的行为，包括未成年人饮酒、离家出走和逃学等。^③这一政策的实施有利于构建一整套完善的不同于成年人行为规范的少年司法制度，建立未成年人的行为规范，对具有暴力人格初始特征的未成年人予以早的法律介入和干预，明确违反后的应付的法律责任，强化未成年人的社会责任意识，但是要淡化“罪与非罪”的界限，因为如果将其定位到“犯罪”的程度上，会给未成年人形成负面的“标签”印象，适得其反。

2、监护制度

家庭和监护人对未成年人正确人格形成的影响至关重要，应当通过立法完善对父母监护

① 崔海英、高玉龙：《未成年人暴力犯罪行为的原因及防控》载《预防青少年犯罪研究》，2014年第3期。

② 王海涛：《浅论媒体暴力和社会心理学理论分析》载《媒体时代》，2015年第10期。

③ 彭寓：《罪错少年帮教制度研究》载《西南政法大学学报》，2013年第1期。

责任的规则制定,对未尽到监护责任致使未成年人实施具备暴力因素等犯罪行为的,要对监护人进行一定的法律惩罚,开办家长学校,对其进行培训和教育。不是每个人生来都会做家长,孩子的行为通常是父母行为的反应,应责令那些有暴力等问题的孩子家长到这些培训机构进行学习,父母要为子女的罪行承担责任。对于家庭没有监护能力的,国家应该取而代之,把未成年人从对其生长不利的家庭环境中解放出来,置于国家设立的特别机构进行监护,待其家庭经评估适合监护时再送其重返家庭。

总之,未成年人成长的过程,即其社会化的过程中会遇到方方面面的具有暴力因素的负面影响,但是只要对其进行及时的,积极的,情绪引导,培养其形成亲社会性格和共情能力,就能有效的预防暴力人格形成和成年后暴力行为的延续。同时,在观察和注意未成年人暴力人格的初始特征时,也应注意暴力犯罪行为的初始特征中部分是绝大多数青春期少年都会遇到的问题,并不一定意味着将发展成为暴力犯罪行为,比如:家庭的缺失并不一定导致未成年人暴力人格的形成,有研究表明,与充斥着冲突的“完整”家庭的孩子相比,那些不受冲突影响的单亲家庭的孩子成为少年犯的可能性更低。所以,要谨慎对待具有初始特征的未成年人,因为一旦对其贴上“暴力人格”的标签,就可能会产生社会的偏见,从而引发新一轮的歧视、社会拒绝,造成一种人格养成的恶性循环。

参考文献

- [1] Curt R. Bartol, Anne M. Bartol. 李玫瑾等译. 犯罪心理学[M]. 北京: 中国轻工业出版社, 2017.
- [2] 罗大华, 何为民. 犯罪心理学[M]. 北京: 中国政法大学出版社. 2011.
- [3] 张卓. 攻击与暴力犯罪的神经心理学研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社. 2014.
- [4] 崔海英, 高玉龙. 未成年人暴力犯罪行为的原因及防控 [J]. 预防青少年犯罪研究. 2014.
- [5] 吴宗宪. 国外系列杀人案件研究概述 [J]. 江西公安专科学校学报. 2001.7. 第 3 期.
- [6] 罗大华, 赵桂芬. 我国刑事犯罪严重化的社会——心理成因 [J]. 中国政法大学学报, 政法论坛. 1997. 第 5 期.
- [7] 曹炜. 虐待动物行为的刑法评价 [J]. 公民与法. 2009. 第 11 期.
- [8] 李玫瑾. 从犯罪心理学角度分析他为什么犯罪 [J]. 人民公安. 2013. 第 20 期.
- [9] 李玫瑾. 犯罪预防的刑事政策与社会政策 [J]. 法治研究. 2014. 第 3 期.
- [10] 李玫瑾. 危险心结引发的犯罪问题探析 [J]. 法治研究. 2011. 第 4 期.
- [11] 李玫瑾. 犯罪防控视角的犯罪心理识别 [J]. 青少年犯罪问题. 2014. 第 1 期.
- [12] 郭笑 等. 暴力犯的冷酷无情特质在暴力风险水平和恐惧情绪识别之间的中介作用 [J]. 中国健康心理学杂志. 2017. 第 25 卷第 9 期.
- [13] 崔海英. 犯罪心理评估在刑事司法中的功能定位 [J]. 信阳师范学院学报. 2016. 第 26 卷第 2 期.
- [14] 肖玉琴 等. 青少年暴力风险评估量表在未成年暴力犯的信效度检验 [J]. 中国健康心理学杂志 2017 年第 25 卷第 11 期.
- [15] 郭伯良 张雷. 儿童攻击和同伴关系的相关: 20 年研究的元分析. [J] 心理科学. 2003 年第 26 卷第 5 期.
- [16] 肖玉琴 等. 冷酷无情特质: 一种易于暴力犯罪的人格倾向 [J]. 心理科学进展. 2014.
- [17] 苏月桐. 犯罪少年行为习惯及人格特征调查 [J]. 中国临床心理学杂志. 1998.

(责任编辑: 李云平)

论我国商业秘密的法律保护

何曜*

【摘要】 随着全球经济一体化发展,商业秘密侵权纠纷在我国司法实务中也纷纷出现,力拓“商业间谍案”虽是个案,但却揭开了商业间谍的神秘面纱,让社会大众开始意识到经济间谍的同时,也对商业秘密保护有了全新的了解。但基于对商业秘密概念本身的界定不清、难以厘定复杂隐秘的侵权行为,且立法模糊,可操作性不强,导致法律救济未能给商业秘密权利人提供足够的保护。但与此同时,侵犯商业秘密行为总会严重损害商业秘密所有人的权益,进而导致企业破产。因此,加强商业秘密法律保护的研究,对进一步保护商业秘密权利人的合法权益,维护市场竞争秩序,促进经济及科技的快速有序发展有着重要的意义。本文将恺切剖析我国对商业秘密法律保护的现状,指出我国在商业秘密的属性认识、立法及司法实践等方面存在的问题,并针对性地阐述笔者对完善我国商业秘密法律保护的观点和理解。

【关键词】 商业秘密 法律保护 立法完善

引言

随着网络时代的到来,市场已经由粗放型向集约型转变。在这种时代的大变革中,企业的发展便不能再仅仅依靠粗糙的累叠扩张,而应该更多的依赖于掌握具有独创性的核心竞争力来获取更多的市场份额,而商业秘密正扮演着核心竞争力中的一个重要角色。基于商业秘密具有如此重要的价值,引起了越来越多经营者的重视,同时也引起了国际社会的广泛关注。当然从另一个面上来讲,在市场竞争过程中,竞争对手往往会不择手段的取得对方的商业秘密,来达到打击对手,或者使自己获利的目的。长此以往,不单会对商业秘密权利人的合法权益造成威胁,更会打破公平合理的经济秩序。

我国自入世之后,迅速吸纳世界各国的先进知识技术,融入世界经贸一体化进程,进入经济的飞速发展期,但经济单方面发展过快,暴露出了我国法律难以有效及时地应对如此复杂的国内外经济环境,尤其是对商业秘密的保护的有关法律。比如,商业秘密没有统一明确的界定标准,侵犯商业秘密行为没有简单明了的认定方法,没有专门法律对商业秘密进行保护,关于侵犯商业秘密所承担责任的主体有分歧,现有实体法律对商业秘密的保护过于零碎且缺乏可执行性,同时现有程序法对商业秘密的保护未能经过充分论证,缺乏可诉性。这些法律漏洞将会成为我国经济商业领域的一大隐患。鉴于以上客观事实,本文将通过比较分析得出我国商业秘密保护的不足,以此为基点,提出有关我国商业秘密保护立法和司法方面的建议。

* 何曜:上海政法学院刑事司法学院2017级研究生。

一、商业秘密的定义

关于商业秘密的定义,《美国侵权行为法重述》注解中第757条这样描述,“欲对商业秘密下一个定义,事实上,几乎是不可能的事。”^①尽管从100多年前,外国就已经存在了侵犯商业秘密的判例,但各国的法学家和判例在阐述商业秘密的本质属性时却有着诸多的分歧。纵观国内外学者和判例的表达,主要有以下两种观点:

(一) 信息论

目前,很多国内外学者都将商业秘密认定为一种信息,这已成为一种主流的观点。美国1979年《统一商业秘密法》将商业秘密的范畴定为信息^②、加拿大《统一商业秘密法》第一条第二款^③,包括我国《反不正当竞争法》第十条第三款^④,也同样将商业秘密定义为信息。然而并非所有信息,都属于商业秘密,在无数信息里,只有具有特定价值的技术秘密和经营秘密才能定义为商业秘密。信息并非是有形的,其作为一个上位概念,本身就是很难以界定的。本文为了进一步厘清商业秘密的概念,有必要将商业秘密中的信息和知识产权法中符合法定要求的知识,加以区别。首先,商业秘密中的信息和知识产权法中的知识是具有一定共性的。两者均具有自我克隆而不丧失的特性,而不像具有实体的物一样,传递之后会丧失,即是说,两者都具有信息的传播性,但是二者的区别也在于信息的传播性。简单的来说,知识是随着时间和空间的转移而不断进化的,每传播和演绎一次,知识拥有者本身的知识结构就更加的科学合理,甚至会产生质的飞跃和升华。但商业秘密则不然,每一次的传播演绎之后,不仅不会使商业秘密得到发展和巩固,反而会使商业秘密价值变低,保护成本增加,流入公共领域的风险也会增加。在这一点上,商业秘密的流转既不像物质那样一成不变,也不像知识那样巩固进化,其通常展现为慢慢灭失的状态。不仅如此,具体的特定物是有形的真实存在的,而知识其本身则是无形的,只存在于人们的意识当中,但却必须通过文字,声音,图像等特定的载体表现出来。

(二) 组合体论

组合体的意思是指商业秘密是由不同的要素所组成,单个要素本身,并不被法律保护,但是他们的组合,却受到法律的保护。以百事可乐的配方为例,百事可乐配方的每一种成分可能都被公众所熟知属于公共领域,但是他们的特定组合却受到商业秘密法律的保护。基于这个概念来分析,有许多学者将商业秘密定义为能给权利人带来经济利益的资讯。而笔者认为组合定义的出现,对于进行商业秘密的理论分析有着重大意义。许多学者均提出,商业秘密的混乱主要是因为其权利边界划定不够清楚,即是说若能有一个明确清晰、易于理解的界定标准,便可以很容易的辨别商业秘密和公共知识了。但是如果用这个定义来认定商业秘密的话,那一个不可避免的问题就是如何辨识有些权利人仅仅单纯地构筑一个商业秘密组合体就轻易主张权利的情况。这个问题是和商业秘密组合体认定密不可分的,二者必须同时完成。一旦处理好商业秘密组合体识别的问题,也就意味着划清了商业秘密在公共领域的权力边界。

综上所述,商业秘密,在客观上是不为公众所知悉,并能为权利人带来经济利益的信息,在主观上,是需要权利人采取合理保密措施的信息。因此,商业秘密定义应为:不为公众所知悉,权利人采取合理保密措施,并能为权利人带来经济利益的技术信息与经营信息。

^① 郑璇玉. 商业秘密的法律保护[M]. 北京:中国政法大学出版社,2009:5.

^② 吴汉东. 知识产权国际保护制度研究[M]. 北京:知识产权出版社,2007:396.

^③ 刘艺工. 加拿大民商法律制度综述[A]. 全国外国法制史研究会. 全国外国法制史研究会学术丛书——20世纪外国民商法的变革[C]. 全国外国法制史研究会:,2003:13.

^④ 本条所称的商业秘密,是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。

而我国现阶段所采取的商业秘密的定义是《反不正当竞争法》第十条中的规定：“商业秘密是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。”

二、商业秘密的构成要件

（一）秘密性

商业秘密既然是一种保密信息，那么其秘密性则为其本身特性。商业秘密的秘密性是指一则经营或技术信息客观上处于一种不可探明的状态，除信息知情人外，其他人通过正当途径无法知晓或查明。这就将商业秘密与普通公知领域的信息区分开来，商业秘密不同于在公共范畴公开的信息为社会全体成员或特定行业拥有，可以对其以私有财富的形式进行保护。

自然，商业秘密的秘密性仅是相对而言的，假如信息完全不能流通，那不仅不能对其进行任何有效合理利用以达到任何商业目的，进而使其丧失了商业价值，同时也失去了法律保护的意义和可操作性。基于此，TRIPS协议将“未披露的信息”的要素阐述为“在某种意义上属于秘密”，可谓是鞭辟入里，巧妙之极，它不仅准确的表述了商业秘密的特性，同时也对该种特性做出了一定的限制，避免了因商业秘密保护的过高要求而使其保护流于形式而失去立法本意^①。所以，商业秘密的秘密性就法律层面而言是一种相对的秘密，而非绝对。

要想充分的理解相对秘密的含义，应当恺切剖析其内容和主体两方面。首先，“不为公众所知悉”中“公众”应当作何解？其意应指特定人群，即同行业人员（与信息所有人）这一特定群体，而非全体社会人员。具体的来讲是该信息还未被同行业人员普遍知悉，亦即该信息持有人任处于优势竞争地位，且该信息并非其他人通过正当途径能够轻易获得的，则该信息仍可被视为商业秘密。《关于反不正当竞争保护的示范规定》中第6条明确规定：“整体或部分虽已为公众所知悉，但其组合体依然具有商业秘密性”^②、美国《反不正当竞争法重述（第三版）》第39条的评论f中强调：“商业秘密为整体的商业秘密，不因其部分或全部要素被公知而丧失秘密性。”^③以上两条充分说明了，即便商业秘密作为一个有机整体的部分已经被公众知悉，不再具有秘密性，但是通过对该部分内容的重新调整、组合而形成的信息依然可以作为商业秘密而获得法律保护。

（二）价值性

商业秘密除了其秘密之外，同样应当拥有价值性，这是商业秘密与一般秘密信息的重要区分标准。商业秘密的价值性是指受法律保护的商业秘密应当具有商业价值。商业秘密的价值主要体现在它所承载的人类的智慧，主要包括与生产经营相关的经验、技术或设想等，因此我们将其认定为信息、知识类的无形财富，是一种宝贵的市场竞争力。商业秘密的商业价值具体的说是一种经济价值，可以用于市场交易而获取实际的或潜在的利益，即可使商业秘密所有人在许可或转让过程中获得实际的收益或是取得市场中的优势竞争地位，以此可区分商业秘密与其他不具有商业价值的秘密信息。

（三）实用性

商业秘密的实用性其实是一种可通过合理运用而谋求市场竞争中的优势竞争地位的手段，从另一个角度说就是商业秘密应当是可以从无形的财产转化为现实的生产力，即是说商业秘密不能是海市蜃楼的存在，而应当具有相应的实用性或可实现性。商业秘密的实用性是界定商业秘密的一个重要构成要件，但仅在我国法律中对其加以明确规定，而在其他国家中通常附加于商业秘密的价值性中予以阐述。其主要原因是因为实用性此特性主要是在价值性

① 谢晓尧. 竞争秩序的道德解读[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 292.

② 周立波. 试论商业秘密的认定[J]. 时代金融, 2011, (29): 34-36.

③ 张玉瑞. 商业秘密·商业贿赂法律风险与对策[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 44.

基础上产生的一个属性,即在众多有价值性的“商业秘密”之中,必须是可实际产生价值的方能确为商业秘密,而不能以臆想价值作为商业秘密的界定标准。其主要包括三个方面:一是能直接作用于企业实际生产经营的积极信息;二是不直接作用于生产,但在生产经营活动中有利于提高经营效率、少走弯路的消极信息;三则甚至可以是生命力很短暂的、一次性使用但客观上具有经济性的信息^①。简而言之,商业秘密的价值性的实现依赖于其实用性,而实用性的关键则在于商业秘密所有人能够凭借该信息获得实际或潜在的经济利益。

(四) 保密性

商业秘密的秘密性和保密性是紧密联系的孪生兄弟,如果将秘密性比作商业秘密的本质属性,那么保密性则为判定信息属于商业秘密的核心要件。保密性意指商业秘密所有人主观上将该信息视为商业秘密,并在客观上实施了切实可行的合理保密措施。由此可见,认定保密性的关键在于何种保密措施可以被视为切实可行的合理保密措施。仔细研究杜邦公司诉克里斯托夫商业秘密侵权案,判决书中提到:“商业秘密的权利人毋需因法律的不健全而选用过于艰难苛刻的措施。法律也只能要求商业秘密权利人采取合理的保密措施预防那些渗透的触角,但无权苛求他们将厂房盖的似碉堡一样密不透风,同样我们也不愿让这个社会的发明创造者寒心,命令他们肩负如此重任去保护他们应得的劳动果实”^②。法院同时也阐明:法律不能苛刻地要求商业秘密所有人成为联调局,去应付各种防不胜防的间谍活动。

基于上述案件,我们可以知晓合理措施并非是一个固定的标准,而应当是视具体情况和条件,充分考量各种因素而综合认定的一种合理界限。世界知识产权局在《关于反不正当竞争保护的示范规定注释》中指出:“对于认定是否尽到了合理保密措施义务的认定应从两个方面的标准进行判定,即一方面为自己为此商业秘密所投入的相对对应的时间及金钱,另一方面则是竞争对手就该商业秘密的获取而意愿投入的时间及金钱”。例如公司将其文件投入碎纸机后未对碎屑进行进一步处理,而他人将碎屑收集,重新粘贴拼接得到原文内容,此时应当认定该公司对其商业秘密尽到了合理保密的义务,对于该他人可依法追究法律责任。但是若经粉碎后的文件其还原难度较低或粉碎程度较轻微,并未达到足以破坏文件内容的程度,则不应当认定为尽到合理保密的义务,此时法律对该秘密不予保护,正如法谚:“法律不保护躺在权力上睡觉的人。”

既然谈到此,那么下面简单介绍一下保密措施的内容。保密措施一般可分为两种,一种软件措施,一种硬件措施。前者是指制度上的保密措施,例如签署保密协议或合同、制定保密制度、设定密级、进行保密教育等。后者则着重于物理性的保护,如使用专有设施隔离商业秘密,使用各式保全系统等。顺带提一句,随着科学技术的日新月异,在竞争手段层出不穷的年代,商业秘密权利人也应当紧随时代脚步,更新对商业秘密保护的手段和方法,以避免不必要的损失。

三、我国商业秘密法律保护的概况

我国的经济在确立了社会主义市场经济体制后,步入了一个飞速发展的时期,而为经济发展保驾护航的法律制度也随之迈开了前进的步伐,而对商业秘密保护的立法进程也理所当然的向前迈进。我国目前对商业秘密的法律保护主要依赖于《反不正当竞争法》,而其他部门法则各自为政、冲突立法,导致我国对商业秘密的法律保护甚是薄弱。造成这一现象的主要原因是因为我国的法律制度历史原因,开始我国借鉴国外立法经验,在《反不正当竞争法》中规定了商业秘密的内容,但却未能表述完整,致使商业秘密的保护仅局限于经济法领域,这显然是不符合历史要求的。故而为了健全商业秘密的法律保护,其他如《劳动法》、《公司

^① 许海峰主编. 企业商业秘密保护法律实务[M]. 北京:机械工业出版社, 2004:20.

^② Robert P. Merges(齐筠等译). 新技术时代的知识产权法[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2003:6.

法》、《合同法》等部门法开始补充立法,但由于没有统筹全局、审慎立法,导致各部门法之间不能有效的相互补充借鉴,反而相互冲突,致使我国对商业秘密保护的相关法律保护不能忠于立法本意,达成有效保护商业秘密的目的。纵观我国这20年间对商业秘密的立法保护的过程,可以总结出两个截然不同而又意料之中的结论,即我国对商业秘密的保护性立法进展神速,但也正是因为这种过快的发展,致使相关法律制度未能得到充分翔实的考证和探究,以至于存在相当多的弊端和漏洞,对此我们需要尽快完善商业秘密法律保护制度,为我国的经济发展保驾护航,同时也为我国的司法实务工作提供良好的制度基础。

四、我国有关商业秘密法律保护的具体规定

(一) 反不正当竞争法

我国目前的商业秘密保护的相关法律主要存在于《反不正当竞争法》中,尤其该法的第10条、第20条、第25条集中体现了《反不正当竞争法》对商业秘密的保护,其规定了侵犯商业秘密的行为方式、商业秘密的定义以及侵犯商业秘密的法律责任。

《反不正当竞争法》第十条^①从客观表现上,就侵犯商业秘密的行为方式做出了一个概括性的归纳总结。其构成要素包括但不限于“不正当手段”、“违反约定”、“违反要求”,也从另一个侧面反映了商业秘密侵权行为应当是一种过错行为。但该条中并未对侵权主体的范围作出明确的规定,即侵权主体究竟是一般主体还是特殊主体,是否应以“从事生产经营活动”为一定的限制,没有给出一个明确的答案。同时,该条规定了第三人如果其在主观上具有恶意或者过失,客观上又实施了侵犯商业秘密的行为,则应当承担相应的法律责任。这样规定解决了商业秘密侵权行为界定中的一个重要问题,但同上所述,该条所提及的第三人是否应当以“生产经营领域”这一条件加以限定,也是值得我们思索和探究的。

不可忽略的,该法第十条同时还规定了商业秘密的定义:“本条所称的商业秘密,是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。”基于该条文,我国司法实践中才将秘密性、价值性、实用性、保密性这四个要素作为商业秘密的认定标准,并且确定了商业秘密的属性是一种信息,包含了经营信息和技术信息。

第二十条^②及第二十五条^③均规定了商业秘密侵权的法律责任,但有所不同的是第二十条规定的是侵权行为人应当承担的民事责任,而第二十五条则是规定了侵权行为人应当承担的行政责任。该法第二十条赋予了权利人请求民事损害赔偿以及提起诉讼的权利。附随而来的民事赔偿标准问题也在该条中得到了解答,以直接损失为准,在直接损失难以计算时,应当以侵权行为人获利为准。进一步的,该条还规定了权利人因调查该侵权行为而支付的合理费用也应当由侵权行为人赔偿。而侵权行为人应承担的行政责任主要形式则为停止侵害并接受罚款。

(二) 合同法

合同与债是密不可分的两者,而债权在我国民事法律体系中有着举足轻重的地位,因此

① 经营者不得采用下列手段侵犯商业秘密:(1)以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密;(2)披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密;(3)违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。

② 经营者违反本法规定,给被侵害的经营者造成损害的,应当承担损害赔偿责任,被侵害的经营者的损失难以计算的,赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润;并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。被侵害的经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的,可以向人民法院提起诉讼。

③ 违反本法第十条规定侵犯商业秘密的,监督检查部门应当责令停止违法行为,可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款。

合同法是我国民事法律体系中一部有代表性的部门法。而该法的第43条、第60条、第343条、第348条、第351条、第352条通过对合同的相关规定而达到对商业秘密法律保护的目的，其主要涉及合同订立、履行以及技术转让合同中商业秘密的相关法律保护制度。

依照《合同法》第43条^①基于合同相对性，则如果我们仅适用合同法来对商业秘密进行法律保护，那么侵权赔偿的主体将被局限于合同当事人这一范围，而对合同之外的人缺少追责的法律依据，这一点是非常危险的。同时，该条仅规定了被侵害人有向侵权行为人请求赔偿的权利，但却没有赋予其要求停止侵害的权利，这是非常不合理的。

而《合同法》第60条^②仅提出了一个概括性的要求，即“保密”义务，但是并未规定具体的措施、冲突的解决以及其他细节性问题，所以该条往往只能作为一个书面条款，实际应用性有待考察。

《合同法》第343^③、348^④、351^⑤、352^⑥条均规定了有关技术转让合同中商业秘密的法律保护。但在该法中商业秘密被称作“技术秘密”，即并未对商业秘密中的经营秘密作出任何保护性规定。而其中第343条是值得提倡和推广的，商业秘密固然需要保护，但对其的保护不能绝对排斥市场竞争，亦不应限制人类智慧的发展。但有一个问题也是需要我们思考的，即技术达到何种程度的发展可以脱离原技术而产生独立的归属，标准如何界定。

其余的几条则基本是对违约情形的规定，这与普通合同并无多大差别，但在计算违约金时，如未就违约金提前约定，对于商业秘密这种无形财产的价值，我们应当如何评估，方能体现社会公义？

（三）刑法

前文已经介绍了商业秘密被纳入刑法保护的历程，故在此不再赘述。刑法在第219条中对侵犯商业秘密罪的犯罪构成做出了相关的规定。

该法第219条详细的阐述了该罪的犯罪构成，值得注意的事，该罪并非为单纯的故意犯罪，其在主观上只要存在过错均可认定为构成犯罪。而该条对商业秘密罪的客观行为以及对商业秘密的定义的规定与《反不正当竞争法》并无出入，即是说当侵犯商业秘密的行为造成一定严重的社会危害后果时，将由违法转化为犯罪，由《刑法》对其进行打击和惩处。

（四）公司法

该法对商业秘密的法律保护主要体现在第148条第七款中将“擅自披露公司秘密”这一行为纳入该法调整的范畴。此行为的侵权认定主要是判断侵权行为人对该公司是否具有忠实义务，如是否为该公司的董事、监事或者高管，因为这三类人的特殊地位使其成为商业秘密的自然拥有者，故而要对其进行约束。而从客观上而言，他们可以自然取得商业秘密，故对他们不做窃取、胁迫等不正当手段的规定，而仅以“擅自披露”这一行为作为认定标准。

① 当事人在订立合同的过程中所知悉的商业秘密，无论合同是否成立，均不得泄露或不正当使用。泄露或不正当使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。

② 当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

③ 技术转让合同可以约定让与人和受让人实施专利或者使用技术秘密的范围，但不得限制技术竞争和技术发展。

④ 技术秘密转让合同的受让人应当按照约定使用技术，支付使用费，承担保密义务。

⑤ 让与人未按照约定转让技术的，应当返还部分或者全部使用费，并应当承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，违反约定擅自许可第三人实施该项专利或者使用该项技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。

⑥ 受让人未按照约定支付使用费的，应当补交使用费并按照约定支付违约金；不补交使用费或者支付违约金的，应当停止实施专利或者使用技术秘密，交还技术资料，承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，未经让与人同意擅自许可第三人实施该专利或者使用该技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。

（五）劳动法

在市场经济体制中，人员是具有相当流动性的，故而为了约束公司内部员工，尤其是这部分流动人员，我国劳动法中通过第 22 条和第 102 条对商业秘密进行了相关的法律保护。

《劳动法》第 22 条^①明确了由双方约定劳动合同中有关商业秘密的条款。即是说在劳动合同中商业秘密相关条款并非法律强制性规定，且也未有一个明确的范围。故而和社会实践中，企业往往会扩大商业秘密的范围，以保护自身的利益。但对雇员而言，这种扩大保护损害了他们的合法权益。基于此，如何界定劳动合同中关于商业秘密保护的应当受到我国法律理论界与司法实务界的重视。另外，该法第 102 条^②实质上就是一种违约责任，即违反保密协议的雇员应当对受损失的企业承担赔偿责任。但如何计算损失却是司法实践中的一大难题，如果仅以企业的损失为标准，那很可能造成雇员无能力偿付的局面，不利于判决的执行，则不仅企业损失得不到有效的补偿，同时也有损司法权威。

（六）民事诉讼法

我国一直没有一套独立适用于商业秘密诉讼的程序性法律规定。而我国现行的《民事诉讼法》在第 134 条第二款^③中首次将商业秘密这一法律术语引入法律规范之中，该条款也是我国法律制度中对商业秘密诉讼程序方面的唯一规定。该法主要规定了商业秘密诉讼经当事人申请可以不公开审理。基于商业秘密的秘密性，我国民事诉讼法许可商业秘密诉讼经当事人申请可以不公开审理，并非是对我国公开审理原则的违背，而是对我国立法本意的充分理解和灵活运用。之所以规定为经申请，是因为法院在经实体审理前难以认定一条信息是否属于商业秘密，而企业自身应当有充分的证据予以证明。故而经企业申请后再进行不公开审理更加合乎审判公正。

五、我国目前商业秘密保护的立法和司法层面存在的问题

（一）法律规定分散而抽象，可操作性不强

在如今的社会环境下，商业秘密作为一种重要的无形资产在企业的发展与竞争中扮演者举足轻重的角色，而如本文第一部分所述，它属于一种特殊的知识产权，既具有知识产权的属性，也有着其本身的特殊财产性质。缘于此，我们在制定商业秘密的法律保护相关规定时，应当遵循客观规律，将可操作性作为首要条件，以期这些法律规定不会被束之高阁，能够有效的适用于司法实践当中，帮助司法审判机关作出公正合理的裁决，同时也能够切实保障商业秘密权利人的合法权益。

目前世界上多数国家已经制定了相对完善的商业秘密保护的专门法，而与此形成鲜明对比的是，我国对商业秘密保护的相关法律规定还散存于多部不同的部门法之中，甚至一些部委地方规章之中。同时体现出来的还有不同法律文件中的相关规定有冲突时难以确定他们的效力等级，即导致司法审判机关无法及时、有效、准确的适用，更严重的是导致同一审判机关对同类案件的审理结果自相矛盾或不同审判机关对同类案件的审理结果大相径庭，有损国家的司法权威。

比如，当前各部门法中，仅以列举的方式对一些商业秘密侵权行为的客观方面做了阐释和说明，而对其他事项却概而论之，并未见有详细的阐述和释明。举例而言，对于商业秘密中的技术信息和经营信息仅有一个概念，却未有进一步的界定标准，也没有相关的例证来指引公众进行判定，仅能通过一些学术著作来得到大致的理解，但这些理解建立在不同学者、

① 劳动合同当事人可以在劳动合同中约定保守用人单位商业秘密的有关事项。

② 劳动者违反本法规定的条件解除劳动合同或者违反劳动合同中约定的保密事项，对用人单位造成经济损失的，应当依法承担赔偿责任。

③ 离婚案件，涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。

不同理论的基础上,故而难免存在差异,难以作为司法审判的标准,不利于发挥法律的指引作用。

(二) 缺乏商业秘密诉讼程序的具体规定

如前文所述,我国目前关于商业秘密诉讼的程序性法律规定仅有《民事诉讼法》第120条,而众所周知的是一个案件的形式正义是需要一系列相关的法律规定予以配套保障的,而商业秘密诉讼作为一类特殊的诉讼案件仅以一条法律来进行规定难免显得有些单薄,且难以保障具体的审判过程中的实际操作程序规范化。

这一问题主要体现在商业秘密诉讼中商业秘密的保护隐患及举证责任的分配不当。例如在商业秘密侵权诉讼中,原告要证明如下两个事实:1、所诉信息确属商业秘密信息;2、被告行为构成一般侵权行为。那么在这种证明要求下,原告需要向司法审判机关提交相关的商业秘密详细资料,会使得商业秘密为审判人员、书记员、被告甚至鉴定人所知悉,从而增加了商业秘密泄露的风险,相当于增加了原告的诉讼负担。同理,若原告利用该种程序漏洞进行恶意诉讼,要求被告就商业秘密进行质证,则此种情况下会出现原告通过合法途径获悉被告商业秘密的情况,不符合国家对商业秘密保护的原则,同时也使得司法审判机关成为了侵权行为人的“帮凶”,有损国家司法审判机关形象,损害国家司法权威,不利于司法公正。

除此之外,商业秘密侵权行为通常都具有隐蔽性,难以为公众所知悉,而要求原告承担对被告过错的举证责任,显得有些强人所难,增加了原告败诉的风险,不利于打击商业秘密侵权行为,也不利于保护商业秘密。因此,将过错作为认定商业秘密侵权行为的标准并不合理,应当将其作为一种特殊侵权行为,倒置举证责任,将不存在过错的举证责任归于被告。

综上,我国现有的商业秘密法律保护体系繁杂混乱,存在诸多问题,为了紧跟时代发展的脚步,保障社会主义市场经济的平稳高速发展,尽快完善我国的商业秘密法律保护制度已经成为了国家法治事业的当务之急。

六、完善我国商业秘密法律保护的建议

(一) 尽快制定专门的《商业秘密保护法》

从第二部分的结论看来,我国商业秘密立法流于形式,难以达成有效保护的关键在于没有一部专门的《商业秘密保护法》或者说没有一套完备的相关法律体系,各部门法之间的规定散乱、效力不一且各自调整的客体针对不同,故而在司法实践中往往难以准确的适用法律,使得法律裁判不能相对一致,有损司法权威。当今社会已经进入知识信息时代,知识、信息、技术等无形资产的经济效益和价值在世界经济体系中已经具有了重要的战略地位。是以,妥帖保护商业秘密和高效处理商业秘密纠纷就变得不可或缺了。而为了达到这个目的,尽快制定一部较为完善的《商业秘密保护法》专门法不失为一个好办法。如许不单能够规避各部门法中的效力冲突,还可以拓宽商业秘密保护的领域,从而创立周全高效的救济制度,完善这一法律保障体系。综上,创设《商业秘密保护法》这一单独的专门法是最直接也是最有效的手段,同时它的产生也意味着商业秘密法律保护的长足发展和巨大进步。

(二) 明确商业秘密的法律属性

对于商业秘密的法律属性,如今学界和实务界的主流观点有两种,一种是倾向于商业秘密仅是知识产权的一个下位概念,而另一种则是倾向于将其视为一种单独的具有财产属性的权利。就我国来说,如果将其视为一种单独的具有财产属性的权利,那么对其保护的范围和方式将超出我国现有的商业秘密保护框架,那么在我国还未有商业秘密保护的单行法的情况下,这样认定无疑会使目前商业秘密在我国的保护受到巨大冲击和破坏,不利于对商业秘密的保护和市场经济的发展。但是从法理上来讲,我国虽然签署了TRIPS协议,在某种程度上将商业秘密默认为知识产权的一种,但在我国法律中并未明确指出商业秘密的法律属性,因

此也使得对商业秘密的保护一直不能达到一个较高的程度。

基于此,我国在完善商业秘密法律保护的进程中,应该将明确商业秘密的法律属性作为首要任务,确定商业秘密权这一概念,那么在制定《商业秘密保护法》时,我们便能对其的保护程度和力度类比专利权、著作权等知识产权进行有效合理的法律保护。

(三) 深化商业秘密侵权行为理论研究

当前我国仅就制度上针对商业秘密侵权行为进行了一些粗略的规定,并未深入到理论层面进行分析探究,以至于具体的司法实践中难以有效的认定侵权行为。因此,系统深切的研究商业秘密侵权行为,构建合理的判断标准,是商业秘密法律保护中不可或缺的一环。

遵循我国《侵权责任法》的规定,对一般侵权行为的认定采纳四要素理论,而在当前司法实践中,商业秘密侵权行为较于一般侵权行为尚有一些特殊的组成要素,如需证实侵权行为指向的对象为商业秘密,侵权行为人的主体资格(需要证实有经营主体资格)等。但这样苛刻的规定从大量的案例中来看是不利于保护商业秘密的。

而从前文所述,商业秘密的证明需要四个构成要件,而商业秘密在生产经营活动中本就作为一种单方性的行为信息,无需在诉讼前对其进行搜证探究和严格论证,因此对商业秘密侵权诉讼中苛求权利人完全证实商业秘密存在的四要件会增加其败诉风险,进而阻挠其诉讼积极性。因此我们可以在商业秘密诉讼中适当的降低要件证明标准,或将其合理的构建为一个整体来判定是否属于商业秘密,有利于保证商业秘密诉讼的顺利进行。

就侵权行为人的主体资格来说,基于我国的商业秘密立法背景,其所受保护主要来源于经济法领域,故而其主体要求为“从事生产经营活动的人”,但就具体的司法实践来看,侵权行为人往往并不属于该类,以致于商业秘密权利人不能有效及时的寻求到司法救济。因此在商业秘密侵权之诉中应当将其主体由特殊主体扩大到一般主体。

(四) 完善商业秘密诉讼程序

如前文所述,我国对于商业秘密的诉讼程序仅以《民事诉讼法》第 120 条规定了商业秘密诉讼经申请可以不公开审理,这种单薄的程序规定难以确保商业秘密诉讼的形式正义,更谈不上保障商业秘密诉讼的实质正义了。

我国的《民事诉讼法》中理当对商业秘密诉讼进行一些专门性的划定,以便保证商业秘密诉讼案件的公正、有效审理。例如,增加对商业秘密诉讼参与人员的约束性条款,明确其保密义务和泄密责任。唯有这样,才能保护商业秘密诉讼中诉讼主体的积极性,保障他们的合法合理诉权。同时,应当针对商业秘密诉讼补充订立保全条款,如原告可以在提供相应担保的条件下,要求法院责令被告停止与诉讼相关的商业秘密的使用,这样一方面可以阻止商业秘密侵权行为的继续实施而扩大原告的损失,另一方面也利于诉讼结束后准确计算侵权行为给权利人带来的具体损失。

结 语

完善商业秘密的法律保护是知识经济时代的必然选择,也是保障社会主义市场经济健康快速成长的必然要求。在依法治国思想的指导下,构建我国的商业秘密法律保护体系必须以立法为主导,其他各项措施配套创立。是以,制定专门的商业秘密保护法是重中之重,也是商业秘密法律保护进程中的首要目标。但法律的制定并非易事,其历程往往需要经年累月的考察和论证,所以在今后的很长一段日子里,我国对商业秘密的法律保护还是只能依靠现行的相关法律规定。那么为了应对这一复杂的法律环境,除了被动的等待以外,我们的立法和司法机关也应当作出一些积极的努力,如颁发一些立法解释或者司法解释来辅助渡过当前的法律困境,同时企业也应当积极寻求自力保护的方式和方法,加强对商业秘密的保密性措施。

本文从我国目前的立法现状为切入点,分析了其中的缺点与不足,又针对此提出了制定商业秘密保护专门法的立法建议,同时也阐述了自己关于商业秘密的一些理论认识,希望能够为当前法律环境下的商业秘密保护提供一些有效的方案和措施,同时也为今后的新法制定提供一些参考。从全文来看,尽管对一些问题的分析和研究还不够透彻,但依然期望能对我国商业秘密法律保护的发展和完善贡献一份力量。

参考文献

一、专著类

- [1]吴汉东. 知识产权国际保护制度研究[M]. 北京:知识产权出版社, 2007.
- [2]戴永盛. 商业秘密法比较研究[M]. 上海:华东师范大学出版社, 2005.
- [3]谢晓尧. 竞争秩序的道德解读[M]. 北京:法律出版社, 2005.
- [4]张玉瑞. 商业秘密·商业贿赂法律风险与对策[M]. 上海:法律出版社, 2005.
- [5]许海峰主编. 企业商业秘密保护法律实务[M]. 北京:机械工业出版社, 2004.
- [6]Robert P. Merges(齐筠等译). 新技术时代的知识产权法[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2003.

二、期刊类

- [1]王骏. 商业秘密权利边界之廓清[J]. 知识产权, 2013, (10):76-82.
- [2]张媛. TRIPS 协议下商业秘密的国际保护——兼论我国商业秘密保护的法律完善[J]. 扬州大学学报(人文社会科学版), 2013, (03):39-43.
- [3]陈骏, 彭林. 商业秘密司法保护的若干问题研究[J]. 学习与实践, 2013, (04):73-78.
- [4]刘介明, 杨祝顺. 我国商业秘密保护的法律现状及完善建议[J]. 知识产权, 2012, (12):71-75.
- [5]徐家力. 我国商业秘密的法律保护现状、不足及立法建议[J]. 保密科学技术, 2012, (07):50-54+65.
- [6]刘秀. 商业秘密刑事保护的经济学根据及制度安排[J]. 法学论坛, 2012, (06):69-75.
- [7]袁荷刚. 反思与重构:我国商业秘密立法之完善[J]. 法学杂志, 2012, (01):152-155.
- [8]周立波. 试论商业秘密的认定[J]. 时代金融, 2011, (29):34-36.
- [9]车传和. 论商业秘密的知识产权保护[J]. 特区经济, 2011, (02):262-263.

三、学位论文

- [1]张超. 商业秘密之秘密性的认定[D]. 吉林大学, 2015.
- [2]虞艳璐. 论商业秘密保护中的不可避免披露原则[D]. 浙江工商大学, 2015.
- [3]欧朝霞. 方某等侵犯商业秘密案的分析[D]. 湖南大学, 2014.
- [4]汤茂仁. 商业秘密民事法律保护研究[D]. 南京师范大学, 2013.
- [5]邹庶民. 论我国商业秘密的法律保护制度及其完善[D]. 华南理工大学, 2013.
- [6]段丹丹. 我国商业秘密的刑法保护研究[D]. 重庆大学, 2013.
- [7]梁天一. 论商业秘密的法律性质[D]. 杭州师范大学, 2013.
- [8]张幸. 反不正当竞争法视野下商业秘密保护[D]. 山东大学, 2012.

(责任编辑: 杨晔)

刑法现代化展望：浅谈储槐植的刑事一体化理论

罗建武*

【摘要】 刑法现代化一个宏大而富有感召力的命题。刑法现代化，简言之就是现代化在刑法领域的实现。现代化代表着一种不断的进步，刑法现代化就是要遵循人类文明发展规律，紧跟世界刑法改革发展趋势，让刑法从野蛮、禁锢自由走向文明、保障自由。那么如何来实现刑法现代化呢？储槐植教授的两大代表性学术理论为我们展望与实现刑法现代化提供了总体思路和实现路径，即具有双重价值（刑事法学研究基本方法论价值、刑法运作一体化理念引导价值）的“刑事一体化”理论和作为刑法改革基本思路的刑法结构“严而不厉”理论。这两大理论从表面上看是整体与部分（包含与被包含）的关系，但笔者更愿意将其作为总思路与突破口的关系，其理论意义与实践意义重大，关乎刑法现代化的理论发展与实践进行。泛泛而谈刑法现代化与世界刑法改革并不能在中国语境下很好的理解刑法现代化是怎么样的一个图景，而储槐植教授的“刑事一体化”理论无疑为我们展望中国刑法现代化提供了一个大而不空的视角。本文将以刑事一体化为基础，从刑法现代化之必然性、总思路、突破口及进展等方面来展望刑法现代化。

【关键词】 刑法现代化 储槐植 刑事一体化 严而不厉 刑法修正案

引言

由于历史传统和革命传统等因素，在改革开放以前，普遍存在着“阶级斗争是犯罪根源”的理念，由此带来的思维模式便是单纯用刑罚来对付犯罪，犯罪越多，刑罚就应该越多、越重，即所谓“以刑治乱”。随着社会主义市场经济的确立和发展，我国出现了犯罪类型多样化、犯罪原因复杂化的趋势。面对这种趋势，传统的简单化、直线型的罪刑关系理念（刑罚量与犯罪量成正比）的弊端也逐渐显现。而这种弊端的根源在于刑法理念的异化，认为刑法的主要功能及其发挥是有赖于刑罚的严苛，以起到威慑作用，即中国传统法制文化中的“乱世用重典”观念。而传统的罪刑观念要想得以实现必须借助一个载体，这个载体便是刑法典，故而，“又严又厉”的刑法结构应运而生。面对这种现状，储槐植教授提出了“更新观念、调整结构、完善机制”的刑事一体化理论，在刑法学研究领域提出以“严而不厉”来指导刑法改革，而最终实现刑法现代化才是储槐植教授的期许所在。

一、刑法现代化之必然性：人类社会文明趋势

初次接触“刑法现代化”这个词，是在储槐植教授的专著《刑事一体化》中，它带给笔者的感受是，一方面，觉得这是一个与时俱进的问题，必定会涉及到改革；另一方面，给人

* 罗建武：上海政法学院2017级刑法学硕士研究生。

很宏大的印象，有无从入手之感。因此，首先必须要搞清楚什么是“刑法现代化”？其次，必须搞清楚为什么要提倡“刑法现代化”？只有搞清楚这两个问题才能够更好的理解储槐植教授所提出的“刑事一体化”理论和刑法结构“严而不厉”与刑法现代化之间的关系。

现代化，顾名思义是从一种状态走向另一种状态，是一个动态过程，预示着一场变革。现代化代表着一种扬弃，一种质的飞跃，一种不断的进步。刑法现代化就是要遵循人类社会文明发展规律，顺应世界刑法改革发展趋势，让刑法从野蛮、禁锢自由走向文明、保障自由。现代化的刑法理念要求我们理性看待刑罚的功能，刑罚不仅有负功能，而且其正功能也是有限的。正如储槐植教授所言，对刑罚寄予过高的希望必定会落空。^①既然如此，我们就不能将刑法片面看作是惩恶之法，现代化的刑法不仅是理性化、文明化的惩恶之法，还应当是扬善之法、文明之法，这才是符合人类社会文明发展趋势的刑法，即刑法现代化。

原始社会没有刑法，社会成员之间发生矛盾以后解决矛盾的方式往往是依靠自身，即“以眼还眼以牙还牙”的同态复仇。这在当时被认为是最公正、最正义的纠纷解决方式，“公正的最典型体现就是公平，公平的最基本属性就是对等性，追求对等性是人类追求公平价值的最原始体现”，^②但它却是极其野蛮、残暴的，带来的直接后果便是影响人口数量和质量（大量社会成员致死、致残）。在生产力极其低下的原始社会，人无疑成为最重要的生产力要素。因此，同态复仇看似公正却不利于社会的发展进步。进入阶级社会，国家和法律产生，刑罚权成为统治工具，作为私力救济的同态复仇不再被允许。但是其所蕴含的公平正义价值却一直追求，“杀人偿命，欠债还钱”成为社会公平正义观的朴素、直接体现。同态复仇不再被作为一种矛盾解决方式适用，这可以说是社会发展的一大进步，但刑罚异常残酷又成为另一大特征。纵观人类历史，理性、文明始终是代表社会进步的两大理念，因此，刑法要与时俱进，要适应社会发展，就必须秉持理性与文明。实现刑法现代化，是人类社会文明发展的要求，也将促进社会的进步，提高一个国家的文明程度指数。刑法现代化已经成为世界范围内一种不可逆转的大趋势。

二、刑法现代化之总思路：“刑事一体化”

谈到“刑事一体化”理论，我们也许会想到李斯特的“整体刑法学”，但这二者各有侧重点，正如储槐植教授所说，“整体刑法学”理念的框架是“犯罪——刑事政策——刑法”，依据犯罪形态形成刑事政策，刑事政策又指导刑法的制定和实施，这样的刑法的运行便可有效惩治犯罪。而“刑事一体化”理论的内涵则是刑法和刑法运行内外协调。内部协调主要是指刑法结构合理；外部协调主要是指刑法运作机制顺畅。并且，“刑事一体化”理论所倚重的是动态关系中的刑法实践。”^③储槐植教授给“刑事一体化”下了一个通俗易懂的定义：“惩治犯罪的相关事宜形成有机整合。它包含两层含义：第一，作为刑法运作的刑事一体化。它的目的旨在建造一种结构合理和机制顺畅的实践刑法形态。作为观念的刑事一体化与刑事政策密切相关，一方面它要求良性刑事政策为之相配，同时在内容上又与刑事政策兼容并蓄，因为刑事政策的基本载体是刑法结构与刑法机制。第二，作为刑法研究方法的刑事一体化。储槐植教授指出，刑事一体化作为刑法研究方法，强调“化”，即深度融合。”^④笔者对储槐植教授就“刑事一体化”所作的上述阐述深表赞同。从哲学上整体与部分的关系来看，整体是部分有机统一构成的整体，部分是整体的一个环节，没有整体就无所谓部分。然而，“随着法学学科分工的越来越细化，学科间日渐形成壁垒，学术研究“碎片化”现象越来越严重。”

① 储槐植：《刑事一体化》，法律出版社 2004 年版，第 210 页。

② 王飞龙、刘志：《试析同态复仇》，政治与法律 2011 年第 10 期，第 157 页。

③ 储槐植：《刑事一体化》，法律出版社 2004 年版，第 491 页。

④ 同前注①，第 491—492 页。

①因此，刑法学研究不能局限于刑法学本身，至少要在刑事法学科范围内融合，也要与其他社会学科，甚至是自然学科之间进行交流，以扩大刑法研究的视角，丰富刑法研究的方法，站得高才能看得广、看得远，最终才能实现刑法向纵深发展。在刑法内研究刑法，只能是陷入互相论证的恶性循环。“刑事一体化”就是要在理念上和研究方法上开阔视野，以刑法运作和刑法改革为思路，来推动刑法的现代化。

刘仁文教授在 2003 年提出了“立体刑法学”理论，经过十多年的发展，“立体刑法学”已经成为刑法学研究领域的又一学术标签。那么，“刑事一体化”和“立体刑法学”又有何异同呢？刘仁文教授提出的“立体刑法学”，乃是指：“左看右盼（左看刑事诉讼法，右盼民法、行政法等部门法）；上下兼顾（上对宪法和国际公约，下对治安处罚和劳动教养）；内外结合（对内加强对刑法的解释，对外要重视刑法的运作环境）。它既涉及刑法学研究的方法革命，也涉及刑法学研究的内容革新。”^②在笔者看来，“立体刑法学”和“刑事一体化”具有内在一致性，都是在强调刑法不能孤立地发展。不同之处，则在于“刑事一体化”只是在刑事领域谈发展，而“立体刑法学”是以“刑法学”为中心，并将其放在更大的整个法学科领域去谈发展。之所以存在这样的区别，笔者认为跟时代背景有着极大关系，储槐植教授在提出“刑事一体化”时，面临着 1979 年《刑法》亟待修改的大环境，因此他将当时刑法研究要融合其他学科至少是刑事学科的理念概括为“刑事”的“一体化”。刘仁文教授提出的“立体刑法学”则是抓住了“刑法学”这个中心，将其需要“融合”的学科领域扩展至刑事学科以外的其他法学科。同时，随着中国法律体系的不断完善，“立体刑法学”的发展条件得天独厚。因此，笔者认为“立体刑法学”是对“刑事一体化”的继承和更深层次完善与发展。同时，“立体刑法学”侧重的是研究的“面”，即法学学科间的交叉运用，即使是对刑法的运作的研究，也主要集中在刑事案件程序、司法机构相互之间及其内部关系、刑事司法协调与监督以及刑事司法与国家权力（主要是刑事政策）的关系而开展，这是刑法的外部运作。对于刑法的内部运作，也是侧重于刑法解释以及刑法立法解释与刑法司法解释的关系。然而，刑法运作的基础性工程还在于刑法的结构，尤其是刑法典的结构调整优化。从这个角度来看，刘仁文教授的“立体刑法学”注重的是多层次、多面性的大构架，而对刑法结构这个基础性问题有所忽略。从表面上看储槐植教授的“刑事一体化”，强调的是刑事学科和刑事司法环节的“一体化”，但笔者认为其精髓更在于从更新刑法观念、调整刑法结构、完善刑法机制这三个方面来根本解决刑法运行不畅问题，进而促进刑法运作一体化，最终实现刑法现代化，虽然没有刘仁文教授“立体刑法学”那样更加宏大的研究体系，但储槐植教授一开始就指出了刑法的融合发展至少应该在刑事学科之内，而非只是在刑事学科之内。概言之，一方面“立体刑法学”具有更加丰富广阔的视角，且凸显出了刑法学的中心地位；但另一方面，对刑法学这个主体本身的基础性研究却没有“刑事一体化”透彻，同时对刑事政策的地位定位较低，正如刘仁文教授所说，“不能说刑事政策在“立体刑法学”中就完全缺席，它至少隐身在一些角落”。^③储槐植教授是非常看重刑事政策的，他认为，“刑法的刑事政策化是当代刑法的潮流。刑事政策能及时协调刑法的合法性与合理性，顺畅刑法的运作，强化刑法的适时、有效性。刑事政策渗入刑法的研究，也有助于提升刑法体系的科学性。”^④笔者非常赞同，刑事政策在刑法学发展当中起着极为关键的作用，它是刑法观念和刑法功能发挥作用的载体，影响着刑法的发展方向与实际运作。因此，对刑事政策地位的重视程度只能增加而不能减弱。

储槐植教授的“刑事一体化”理论并非只是一个简略的构想和思路，而是有着完备的理

① 刘仁文：《立体刑法学：回顾与展望》，北京工业大学学报（社会科学版）第 17 卷第 5 期，第 59 页。

② 刘仁文：《构建我国立体刑法学的思考》，东方法学 2009 年第 5 期，第 3 页。

③ 刘仁文：《立体刑法学：回顾与展望》，北京工业大学学报（社会科学版）第 17 卷第 5 期，第 66 页。

④ 储槐植、闫雨：《刑事一体化践行》，中国法学 2013 年第 2 期，第 140 页。

论体系和丰富的内涵。“刑事一体化”首要强调的就是要转变刑法观念。在我国犯罪学产生的初期，普遍存在着这样的观念：“阶级斗争是犯罪根源。”这种观念认为，原始社会是不存在犯罪行为的，犯罪是私有制和国家以及法律产生以后才出现的。这种观念的错误在于只看到了犯罪的法律特征和阶级属性，而没有看到犯罪的最本质的东西——社会危害性。犯罪学中的犯罪概念应该淡化法律评价，更多的关注犯罪行为（现象）本身。正如储槐植教授所提到的原始社会早期为争夺猎物而厮杀也是严重的“罪行”，只不过没有“法庭”来强制施行“刑罚”而已。^①之所以如此强调犯罪的根源和犯罪规律，是为了纠正“刑罚量同犯罪数成正比”的罪刑关系简单化思想。观念的转变建立在正确认识事物固有规律的基础上。储槐植教授认为，“犯罪源于社会矛盾是犯罪的基本规律。刑法观念的转变只是思想的解放，要改变我国刑法的困境，还必须调整刑法结构和完善刑法机制。科学合理的刑法结构是充分有效发挥刑法功能的重要前提。储槐植教授认为，刑法结构调整的任务有三：“（1）重筑刑法堤坝。我国刑法是建立在以“道德·行政”为堤坝的基础上的。主要表现在：较轻的社会危害行为主要由社会舆论和思想教育解决，必要时采用行政处罚，但不属于刑法调整的范围；刑法管辖的主要是较重的那一部分社会危害行为。我国刑法中犯罪概念的定量分析，正是这一堤坝在刑法结构上的反映。道德观念成为大多数社会成员的行为规范的条件，以道德规范为基础的刑法才能够真正发挥其应有的作用。一旦社会公德衰落，道德堤坝决口，则刑法发生基础危机：原来不进入犯罪圈的危害行为随着数量增长必定提高其“质量”而成为刑法上的犯罪，面对日益增长的犯罪（质与量），刑法效能相对降低。”^②商品经济的迅速发展，外来思想文化中的不健康成分动摇着我国刑法赖以有效发挥作用的道德基础。我国刑法面临着重筑刑法堤坝、强化刑法基础的重要任务。但是，历史告诉我们，不能走西方的法治主义刑法基础（19 世纪的西方刑法中犯罪概念没有定量分析，凡是有害于社会秩序的行为都由刑法管辖）的老路。储槐植教授认为，“振兴道德，提高公德水准是一个漫长的历程；面对现实，只能在把我国刑法建立在“道德·行政”基础上，以行政制裁为首要刑法堤坝；不要等到违法行为发展为犯罪行为才动用刑法，应当在违法行为萌芽时便予以行政制裁；刑罚前从严比刑罚从重更有利于控制犯罪。”^③（2）协调罪刑关系。刑罚量与犯罪量成正比的罪刑关系，不仅是简单粗暴的，从长远来说会引发社会的动荡。储槐植教授就此认为，“合理的罪刑关系就是罪与刑相适应，如何相适应需要罪刑比价，即考虑以下因素：公正——犯罪给社会造成多大危害，则社会使犯罪受到多大损失（过失犯罪除外）；罪犯矫正难易程度；社会治安形势。同时，“公正”标准应当类型化：侵犯人身与公共安全的犯罪，侧重人身方面的刑罚及生命刑和自由刑；侵犯财产与经济活动的犯罪，侧重财产方面的刑罚即罚金和没收财产。”^④（3）调整刑罚体系。储槐植教授指出，“我国刑法分则凡有法定刑的条文均规定了有期徒刑，以自由刑为基础的刑罚体系适合我国的国情。刑罚体系中的问题在于财产刑和生命刑的比例失调。”^⑤就当时的现实情况来说，储槐植教授的这一论述一语中的、切中要害。截止 2017 年，我国刑法适用死刑的罪名有 46 个，财产刑的适用主要是针对贪污贿赂犯罪和经济类犯罪。因此，储槐植教授提出的减少死刑、增加财产刑适用的调整刑罚体系理论仍然受用。解决了刑法观念和刑法结构的问题之后，还有重要一步，那便是完善刑法机制。以刑法结构为基础的刑法功能的良好发挥，会受到刑法机制的影响，刑法机制越学科、合理，刑法功能的发挥就会越高效。储槐植教授指出，“我国刑法运行只受犯罪情况的制约即单向制约，这是有缺陷的机制。健全的刑法机制应当是双向制约，即刑法运行不仅受犯罪情况的制

① 储槐植：《刑事一体化》，法律出版社 2004 年版，第 3—4 页。

② 储槐植：《刑事一体化》，法律出版社 2004 年版，第 190—191 页。

③ 同前注①，第 192 页。

④ 同前注①，第 192—193 页。

⑤ 同前注①，第 193 页。

约且要受刑罚执行情况的制约。不受反馈制约的刑法运行是盲目的，刑法会被犯罪牵着鼻子走。接受行刑反馈才能摆脱被动局面。”^①的确如此，刑罚虽然是犯罪的对立面，但是刑罚发挥作用是一个实际的作用过程，这中间会受到其他因素的影响，而非理论上的理想化的一一对应关系。双向制约才能使刑法科学而理性。

“刑事一体化”不仅仅是一种刑法学研究的方法和思路，笔者认为其价值更在于为刑法现代化找到了症结并指明了解决的总思路——转变刑法观念、调整刑法结构、改善刑法机制。转变刑法观念可以称之为刑事研究及司法领域的思想解放，只有解放思想，转变旧的不科学观念，才能真正在刑事研究、刑事立法、刑事司法等领域实事求是，找到科学的思路、高效的方法、合理的结构、完善的制度与机制。事实上，刑法现代化面临的第一个难点就是要转变刑法观念，正确认识犯罪的根源、犯罪的规律以及刑法的作用。观念不转变，刑法改革无法彻底治本。有了科学的刑法观念作指引，能够理性看待刑法及其作用，刑法结构的调整，刑法机制的完善，则会事半功倍。其次，刑法结构的调整能够很好的解决刑法运作的重要前提：科学合理的刑法规范。刑法的具体运作有赖于刑法规范，科学合理调整刑法结构能够为刑法运作甚至是刑法现代化提供内部保障。而完善刑法机制则是以双向制约的思路引导刑法规范的科学发展。笔者认为储槐植教授的“刑事一体化”理论很好的洞察到了刑法现代化的两个核心问题：刑法观念的转变和刑法规范（刑法结构）的完善，前者从思想上解决刑法现代化的障碍，后者从刑法运作的载体（刑法规范）上来推动刑法的现代化，从而为刑法现代化提供了切实可行的思路。

三、刑法现代化之突破口：刑法结构“严而不厉”

当犯罪发生以后，我们需要面临的的就是如何有效地惩罚犯罪，因为合理的惩罚犯罪不仅是对犯罪的一种惩罚，同时也能收到预防犯罪的实际效果。刑罚能够发挥其应有的作用在很大程度上取决于其体系及其内容是否合理，也就是刑罚要现代化。储槐植教授认为，“刑罚现代化的基本特点是刑罚结构朝着文明方向发展，即刑罚趋轻且合理。”^②“刑罚现代化是“严而不厉”作为刑法修改思想在刑罚方面的具体化和进一步深化。”^③因此，刑罚能否发挥其应有的作用就回到了刑法改革上，其中最重要的便是刑法的结构，那么刑法结构到底是该“厉而不严”呢，还是“严而不厉”？针对这一问题，储槐植教授提出了刑法结构“严而不厉”的思路，“严”是指刑事法网严密，刑事责任严格；“厉”主要是指刑罚苛厉，刑罚过重。”^④而“不厉”就是要让刑罚文明、理性。一定的理论创新不仅是思想的灵光一现，也是来源于对现实的深刻思考。储槐植教授提出刑法结构“严而不厉”的理论便是来自于对1979年《刑法》和当时司法实践状况的深刻认识及思索。储槐植教授认为，刑法改革（刑法修改）的价值取向应该是“严而不厉”，即刑事法网严密、刑事责任严格，但刑罚趋轻且合理。也许有人会提出疑问：刑事法网严密难道不是一种“厉”吗？就笔者的理解来看，储槐植教授提倡的“刑事法网严密”并不是对刑法谦抑性原则的突破，而是提倡根据社会发展状况、犯罪情况以及行刑效果等因素合理的将应当纳入犯罪圈的行为及时纳入犯罪圈，而不能出于立法技术、司法成本等原因将犯罪化滞后，或者为了一时对付某些危害行为而过早犯罪化，也就是说严密刑事法网是建立在适时的基础上的，不能人为提前，也不能人为推后。实际上，适时严密刑事法网正是对刑法谦抑性原则较为合理科学的坚持贯彻。因此，刑事法网严密非但不是一种“厉”，而且还是“不厉”的重要前提，只有适时严密刑事法网，刑罚趋轻且合

① 同前注①，第194页。

② 储槐植：《刑事一体化》，法律出版社2004年版，第349页。

③ 同前注①，第364页。

④ 同前注①，第198页。

理才能够实现,如果刑事法网不严密,由于刑法规制的大都是社会危害性较为严重的罪行,则刑罚体系的结构总体上是偏重的,在这种情况下要实现刑罚趋轻且合理的状态则是难以想象的。

关于为何要坚持刑法结构“严而不厉”,储槐植教授认为有三个方面的原因:(1)出于刑罚目的考虑。储槐植教授指出,“如果以惩罚(威慑)(潜在)犯罪人为手段,强调一般预防,逻辑结论则几乎是刑罚越苛厉越能威慑犯罪。如果承认大多数人(成为现实犯罪人以后)的行为是可以矫正的,强调个别预防,则必然重视适用刑罚改造罪犯,而良好的改造有赖于罪犯认罪伏法且认为罪有应得,因此,刑罚要适度。”^①然而,个别预防并非一般预防的手段,而一般预防是个别预防的自然结果。因此,要实现一般预防,只能求助于严密的刑事立法和高效的刑事司法。储槐植教授认为,“刑罚作为遏制犯罪的一个因素同促成犯罪的众多社会因素不可能在同一水平上相抗衡。因此,不能简单地用犯罪率升降来衡量刑法效果,对刑罚控制犯罪寄予过高希望必定要落空,刑罚目的侧重一般预防就是典型表现。”^②因此,刑罚目的应以个别预防为基础,适当照顾到一般预防,这才是现实的、科学的。刑法“严而不厉”与此相契合。(2)出于功利得失考虑。面对高犯罪率时,采取“又严又厉”的刑法结构模式在短期内可能是富有成效的。但是从长远来看百害而无一利。储槐植教授就此阐述了几点理由:“①重刑的直接结果必定是普遍提高刑度,难以贯彻罪刑相适应的刑法基本原则,不利于罪犯认罪伏法,个别预防效果得不到保障。②如果说承认综合治理是社会治安防控的基本方法,那么控制犯罪就不能主要靠重刑。③根据属地管辖原则必然要对众多外籍公民适用重刑,国际影响不好。④定罪量和刑罚量均上升,监禁率随之上涨,影响罪犯改造质量,不利于犯罪预防。⑤可能导致罪刑轮番上涨的恶性循环。根据储槐植教授的上述阐释,“严而不厉”则是最佳选择,在增加定罪数以有利于控制犯罪的前提下,基本能够避免以上不利后果。因为不仅取消了多发性纯财产经济犯罪的死刑而降低了整体的刑度,并且定罪的也不一定监禁。”^③根据储槐植教授“严而不厉”的思路,犯罪数定会上升,必定会给司法机关造成巨大的压力,相应的需要投入大量的人事编制和财政经费,但似乎没有一劳永逸的对策,改革都有阵痛期。正如储槐植教授所说,这是根据“严而不厉”进行刑法改革(修改)所需付出的必要的代价,从长远来看,其社会总效益是突出占首位的。(3)出于时代趋势考虑。一项制度的发展与完善不仅要结合国情,也要顺应世界潮流,人类文明发展趋势,人权保障已经成为不可阻挡的国际浪潮。储槐植教授认为,“当代世界刑法改革的趋势是限制重型,扩大非剥夺自由刑的适用。针对我国而言,限制死刑的适用犯罪是一项重点工作。”^④而根据“严而不厉”的思路进行刑法改革(刑法修改)则是一重要契机。

刑法要实现现代化必定要进行刑法改革,对于刑法改革而言,在理念上最重要的问题便是如何正确看待刑法的作用,刑法万能无疑夸大了刑法的作用,而刑法过度萎缩则忽视了刑法作为社会保护最后一道防线的保障作用。因此,刑法现代化的核心问题便转变为在以科学态度对待刑法作用的基础上调整刑法结构。至于该调整为什么样的刑法结构,通过前面的论述,储槐植教授的刑法结构“严而不厉”无疑是相对合理的选择。根据刑法结构“严而不厉”的思路进行刑法改革,犯罪罪名的增加是必然趋势,但是,“犯罪罪名的多寡并不是衡量文明程度的指标”^⑤。以刑法视角来看一个国家和社会的文明程度应从两个方面入手:其一,刑法是否保障了法律范围内的自由;其二,刑法所规定的刑罚是否残酷或畸重。就前者而言,就是要惩治犯罪行为保障社会成员法律限度内的行为自由;就后者而言,就是对犯罪的惩治

① 储槐植:《刑事一体化》,法律出版社2004年版,第210页。

② 同前注①,第210页。

③ 同前注①,第212页。

④ 同前注①,第212页。

⑤ 储槐植、李梦:《我国刑法微罪制度初探》,2017年刑法学年会论文集(第一编)。

应当文明合理。因此，刑事法网严密，刑事责任严格，罪名增加，并非就是文明程度的倒退和刑法现代化的阻碍。相反，刑法结构“严而不厉”正是对法治文明程度的遵循，也是刑法现代化的突破口，刑法结构的调整能够从基础层面推动刑法的现代化。

四、刑法现代化之进展：刑法修正案走向

严密刑事法网，能够让刑事立法尽可能的适应社会发展，从而从早从快遏制新型犯罪；刑罚合理且趋轻，符合刑罚文明发展趋势，以刑罚现代化来落实刑法的现代化。自 1997 年《刑法》颁行以来，我国并未对刑法典进行全面修改，而是以刑法修正案的方式对刑法典予以完善，截至 2017 年 11 月 4 日，我国共出台 10 个刑法修正案，20 年间累计增加罪名 57 个，使我国刑法罪名达到 469 个，刑法典日臻完善。纵观历次刑法修正案，最值得关注的无疑是《刑法修正案（八）》，此次修改是 1997 年《刑法》实施以来最大的一次修改，涉及的范围广、热点多，修正案共 50 条，明显地体现出了“严而不厉”的特点。“严”主要表现为：

（1）新增罪名 9 个，包括危险驾驶罪、对外公职人员国际公共组织官员行贿罪、虚开普通发票罪、持有伪造的发票罪、组织出卖人体器官罪、协助强迫劳动罪、拒不支付劳动报酬罪、食品安全监管滥用职权罪、食品安全监管玩忽职守罪，其中社会反响强烈的主要是酒驾和飙车入刑、恶意欠薪入刑，这些行为社会危害性大、群众反映强烈，将其犯罪化的条件已经具备。（2）引入禁止令制度，可以根据犯罪的具体情况加强特殊预防。（3）对被判处死缓的严重罪行的犯罪分子限制减刑，延长实际服刑期，以落实罪刑相适应原则。（4）完善假释制度，加强对被假释犯罪分子的监督管理，以加强判决的严格执行。（5）扩大特殊累犯的范围，加大对恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪的惩处力度。这些规定都是在严密刑事法网，严格刑事责任，不能让判决在执行阶段失去权威。“不厉”主要表现在：（1）完善对未成年人和 75 周岁以上老年人从宽处理的规定，确立有利的处罚原则，体现出社会文明发展趋势和强烈的中华传统人文关怀。（2）设立社区矫正制度，将管制由公安机关执行变为实行社区矫正，体现出对较轻犯罪的执行方式文明缓和。（3）取消 13 个罪名的死刑，包括非暴力型犯罪的死刑和存在而实际几乎未适用的死刑。（4）进一步落实坦白从宽的刑事政策。从以上几个方面的规定亦可以看出我国刑罚文明合理的发展趋势。以上可以看出《刑法修正案（八）》对于对“严而不厉”为思路的刑法改革具有重要的导向作用，正如储槐植教授所说“尤其从刑法修正案（八）以来，我国刑法开始走向现代化。”^①2015 年出台的《刑法修正案（九）》依然保持着“严而不厉”的改革思路。一方面，新增 20 个罪名，加强对恐怖主义的打击，维护网络信息安全，惩治失信背信行为，其中社会高度关注的有虐待老人、儿童行为入刑，国家考试中作弊的行为入刑。另一方面，取消 9 个罪名的死刑，提高死缓故意犯罪而执行死刑的门槛，这使得我国在限制死刑上又迈出了一大步。根据社会发展和犯罪情况，为惩治侮辱国歌的犯罪行为，维护国歌的严肃性和国家的尊严，2017 年刑法修正案（十）新增侮辱国歌罪，进一步在尊重社会发展规律和犯罪规律的基础上严密刑事法网，严格刑事责任。从《刑法修正案（八）》以来，不难看出刑法修正案的内容主要有两大趋势：增加新罪和减少死刑适用，这两大趋势与“严而不厉”的内涵是不谋而合的，而笔者相信今后刑法修正案的内容也将会继续这两大趋势。刑法修正案作为刑法完善的重要方式之一，其优点在于既可以增加刑法典的稳定性，又可以让刑法与时俱进。因此，刑法修正案在调整刑法结构，促进刑法改革，实现刑法现代化方面，将会发挥越来越重要的作用。

① 储槐植：《走向刑法的现代化》，井冈山大学学报（社会科学版），2015 年 7 月第 35 卷第 4 期，第 5 页。

结 语

刑法现代化的实现，有赖于刑法观念的转变、刑法结构的调整以及刑法机制的完善。观念的转变是最重要的，也是最困难的。这种刑法观念的转变应当是自上而下的，国家将这种转变后的理念融入到刑事立法当中，在法的实施过程中逐步去改变社会和每个人的刑法观念。刑法结构的调整，“严而不厉”的思路具有强大的生命力和发展前景，是符合刑法现代化的发展趋势的。改善刑法机制，则是一个系统性工程，不仅仅是要解决内源性原因——刑法结构“厉而不严”，还要解决刑事立法单轨体制、刑事适用主体错位、权力干扰等问题，而这要依赖于刑法运作的一体化，打通各个环节存在的阻隔，这样才有可能使刑法机制运行顺畅，最终以科学的刑法结构和贯通的刑法机制来逐步实现刑法现代化。在刑法现代化问题上，作为突破口的刑法结构“严而不厉”与刑法谦抑性总是存在着一种看似对立的关系，但实际上严密刑事法网严密刑事责任与突破刑法谦抑性原则而提前犯罪化是不同的，前者强调的是适时合理科学犯罪化，而后者则是对刑法谦抑性原则的公然违反。因此，不能在刑法谦抑性问题上走向两个极端，即以保持刑法谦抑性为由反对合理的犯罪圈扩大和放弃刑法谦抑性将刑法作为社会管理手段而替代前置性法律。比较可取的做法是应当保持相对理性，在根据社会发展和犯罪趋势适当扩大犯罪圈的同时，保持刑罚的科学、文明，即以贯彻“严而不厉”为思路解决刑法权（刑罚权）膨胀问题来推动刑法现代化。刑法现代化的趋势不可阻挡，当前，我国的刑法现代化也取得了长足的发展，但也应当看到，根据中国的实际，刑法现代化任重道远，需要走中国特色的刑法现代化道路：在承认一定社会阶段犯罪是一种必然存在的正常社会现象（异常与否在于犯罪数量）和刑罚作用有限的前提下，坚持适时（不早不晚）犯罪化和刑罚文明化（趋轻且合理），以刑事立法理念的转变来推动刑法现代化。

参考文献

- [1] 储槐植：《刑事一体化》，法律出版社，2004 年版。
- [2] 王龙飞、刘志：《试析同态复仇》，政治与法律，2011 年第 10 期。
- [3] 刘仁文：《立体刑法学：回顾与展望》，北京工业大学学报（社会科学版），2017 年第 5 期。
- [4] 储槐植、闫雨：《刑事一体化践行》，中国法学，2013 年第 2 期。
- [5] 储槐植、李梦：《我国刑法微罪制度初探》，2017 年刑法学年会论文集（第一编）。
- [6] 储槐植：《走向刑法的现代化》，井冈山大学学报（社会科学版），2015 年第 4 期。

（责任编辑：王赫一）

保卫社会：社区矫正犯罪人形象的抽象化及其解释

黄志成*

【摘要】 本文讨论社区矫正中的犯罪人形象这一尚无人考察的问题并发现社区矫正的犯罪人形象经历了从完全具体人到相对具体人再到抽象人/风险的嬗变和其抽象化趋势。对于这个抽象化趋势，本文给出浅层和深层两个解释。浅层解释认为抽象化趋势的原因在于社区矫正功能的转变，而深层次的解释则强调旧派与新派并非完全对立而是存在保卫社会这一共通之处。深层次而言，社区矫正犯罪人形象抽象化趋势的背后是社区矫正所保卫的社会由“道德的社会”发展至“安全的社会”时。本文同时弥补了已有讨论在社区矫正风险管控问题上偏重技术，忽略原理的不足。

【关键词】 社区矫正 犯罪人形象 抽象化趋势

在社区矫正研究中，风险评估、管控和预防是热点之一。从运用国外风险测评表对本国社区矫正人员进行评估的实证研究，到考量社区矫正中风险管控的功能应该如何纳入，再到中国社区矫正风险测评表的设计该如何吸收本土特色，围绕社区矫正风险管控的技术和技术的效果，学者们已经有了很多讨论^①。但是，已有的社区矫正风险管控的讨论存在两个问题。第一个问题是技术背后的原理没有得到重视。固然，以福柯为代表的权力观告诫我们，在权力的哲学、结构与原理以外，尚需关注权力是如何作用于细微处的。但是，这并不意味着原理是不重要的，相反，这往往构成讨论的起点。而当下对社区矫正风险评估的研究，正是沉迷于技术，却从开始的地方迷失了方向。因此，本文将更多关注技术背后的原理，也只有从原理上，我们才能讨论社区矫正风险管控的正当性。

第二个问题则是，应如何切入社区矫正的原理？“人”^②显然是一个极好的视角。因为这里存在一个丰富的学术渊源。那就是旧派与新派对犯罪人作为抽象人抑或危险个体的讨论。但是，承继旧派与新派的讨论，从犯罪人形象观察社区矫正却是一个学术真空，遑论发掘社区矫正犯罪人形象在风险管控上的新变化。因此，本文将分析不同理想类型的社区矫正犯罪人形象，并以此作为社区矫正风险管控的原理，兼论其正当性。同时，发现“新”，我们不能不对“旧”有所回顾。因此，旧派与新派在犯罪人形象的讨论，传统的社区矫正犯罪人形象，也理所当然被纳入本文的讨论范围。

还需要注意的是，本文所讨论的是原理。更精确地说，是理想类型。原理是对应技术而

* 黄志成：中山大学司法体制改革研究中心研究助理。

① 见李光勇：“社区矫正人员重新犯罪风险评估与预防——基于上海市三个区的问卷调查”，载于《中国人民公安大学学报》，2013年第5期，金碧华：“社区矫正风险评估机制的分析与思考”，载于《南通大学学报(社会科学版)》，2009年第2期。冯卫国，王超：“中外社区矫正风险评估因素结构差异研究”，载于《法学杂志》，2014年第7期，李川：《从特殊预防到风险管控：社区矫正之理论嬗变与进路选择》，载《法律科学》，2012年第三期，李川：《修复、矫治与分控：社区矫正机能三重性辩证及其展开》，载《中国法学》2015年05期。

② 接受社区矫正者，多被称为社区矫正人员或社区服刑人员。本文则称为社区矫正中的“人”和犯罪人。这是基于两点考虑，其一，这可以更好的接续刑法学上对人的讨论，其二，本文并非是一个制度研究。

存在的，其之下可以讨论理想类型，也可以讨论体制结构或者抽象理念。因此，本文重心不在描述实践，尤其是中国实践而是对一般原理进行讨论。因为中国社区矫正的发展并没有经历一个完整的历程，而风险管控在中国更没有成熟。但是，原理的意义便在于其一般性，并在一般性的基础上更好地理解技术，指导实践。

一、犯罪人形象：旧派与新派之争

凡属社会科学者，必对人做出设定。为了对人的行为进行解释和预测，经济学、政治科学发展出理性人的形象。政治哲学为了证成，对人的禀赋做出不同的限制而由此得出关于国家权力限度的不同学说。如此种种，不一而足。法学中对人的讨论，可以分为技术上的与哲学上的。技术上的人，最典型的的就是法律判断运用“一般人”，“常人”的标准判断责任有无，大小。而哲学上的人不会出现在实证法或具体的法教义中，也不会直接在司法过程中被运用，是更为抽象的。经典如耶林的《为权利而斗争》，便塑造出一个积极，昂扬的权利主体；又如星野英一教授在《私法中的人》讨论现代民法突破了主体平等的幻想。显然，犯罪人形象和耶林、星野英一教授的主体塑造都是抽象的原理讨论。而刑法学中，对犯罪人形象的讨论更是刑法学原理命题，其重要程度更甚于民法。也正是刑法学上实证主义学派对具体危险个体的重视，才发展出作为社区矫正基础的特殊预防。旧派与新派在犯罪人形象上的讨论已经有很多，行文所需仍做一简要回顾。

刑法学的主观论与客观论之争中，存在三种类型。其一，解决问题的判断标准上，取平均人的能力标准抑或行为人的能力标准；其二，限定判断对象上，采一般经验或行为人主观认知；其三，是对象意义上的判断资料本身，以行为客观面还是行为人主观意思。^①三个论题展开时间不同，具体命题不同，结果不同，但是却有一共同范畴，即犯罪人形象为何，“人”应当居于何种地位。如许玉秀教授所言，“所有刑法的归责与处遇问题，完全取决于刑法体系如何看待人，也就是人类图像的问题。”^②

刑法上的犯罪人在抽象人与具体人之间来回摆动^③。这与在早期社会，主客不分，一棵树亦可以成为刑罚制裁的对象。随着社会的发展，主客二分的意识壮大，触犯刑法的便只能是人了。古代社会，无论东方西方，刑法是基于身份设定，犯罪人的身份甚至受害人的身份都会对刑罚的严苛程度产生影响，如罗马《十二铜表法》第八表所载“凡故意毁伤他人肢体而又未能取得和解时，则伤人者也须受到同样的伤害。不过，如有人折断自由人一骨的，他必须偿付 300 阿司罚金；如果被害人是奴隶，罚金可减半。”而以《论犯罪与刑罚》为标志的现代刑法，则将抽象人推出，强调严格的罪刑相应而将中世纪司法肆意、专横进行了限制。古典学派中的抽象人，强调每个人在犯罪后，都严格按照法律所安排的一个“罪惩对应”的关系式得到自己的惩罚，而不考虑每个人的身份，具体的情况或分析犯罪发生的原因，犯罪时的情景。于是，每一个生活在真实世界的，经历着各自的考验，承担着各自苦难的人，都被模糊了面目而抽象为一个统一的人。^④这是具体人向抽象人的第一次转化。抽象人的产生，一方面是哲学上对功利理性和自由意志的强调，另一方面则是社会契约论的流行。前者表明，

① 《刑法中客观主义与主观主义之争的初步考察》，载劳东燕：《刑法中的学派之争与问题研究》第 58 页至第 61 页，法律出版社，2015。

② 许玉秀：“当代刑法理论之发展”，载王兆鹏：《当代刑事法学之理论与发展——蔡墩铭教授荣退感念专辑》，中国台湾学林文化事业有限公司 2002 年出版。

③ 当然私法亦如此，是将所有人概以平等的民事主体视之还是承认强弱有别，进而苛以强者更多义务，赋予弱者更大权利，是民法尤其是侵权法上的重要问题（在将侵权法理解为私法的前提下）。而关乎权力的公法，固然因将政府视作守夜人或风险规制者的不同而予权力不同的限制，但是却似乎不存在抽象人和具体人的划分。

④ 周光权：《刑法学的向度》，中国政法大学出版社 2004 年 7 月 1 日版，第 37 页及以下

人之存在在于一种每个理性人所拥有的普遍理性,而普遍的理性必然是可以抽象而不必具体考察的。理性使得人们趋利避害,如果犯罪人选择了犯罪,那便应当给予其相符的刑罚,唯此方可彰显其自由意志。而社会契约论则要求每一个公民平等的缔结“刑法契约”,并基于共同利益确定罪与罚的对应。严格的罪刑对应下,当然没有考察犯罪人的具体情况的需要。而刑法契约之可以缔结暗含着社会成员的平等,这平等也就使得每个人模糊在平等的权利能力之中。

实证主义学派的兴起,使抽象人的理论开始动摇。新派主张,犯罪人不再是一个抽象的人,而是一个个具体的危险个体,他们的年龄、性格、性别、职业、阶级地位、受教育的程度、宗教情况、家庭状况、政治倾向等均可以纳入考察的对象。实证主义的理论核心便是以科学主义的因果链条和必然性质疑意志自由,认为犯罪人在犯罪时并不存在自由意志,也没有能力趋利避害,而是受因果关系的支配。实证学派的代表人物之一,菲力认为,抽象人趋利避害地衡量各种因素而最终做出决定仅仅是一种想象。^①由于犯罪人必须被个别考察,罪与刑的严格对应便有所松动,个别的抽象人开始受到冲击。之所以说受到冲击,是因为在这场论证中,最终的胜者是主张抽象人的古典学派。实证主义学派终究因无法为刑法实行提供稳定的指引而被淘汰,而在实证主义学派印象下产生的刑事现代学派也在行为人刑法与行为刑法之争中落败。但是贝卡利亚与费尔巴哈所主张的纯粹的抽象人却再也没有出现,偏差个体具体考察从此成为深藏于刑法深处的重要基因。例如,大塚仁教授所主张的人格刑法学便要求考察“受素质和环境制约的、同时也是通过行为人的主体性努力而形成的人格”,而刑法的非难对象也是“其人格形成中的人格态度”^②;雅科布斯主张的规范违反说则要识别欠缺遵守规范的意识,“刑事现代学派所青睐的危险个人,在规范违反说的支持者那里被诠释为对规范持敌视态度或者欠缺规范遵守意愿的个人。”^③

总之,新派和旧派在强调意志自由抑或肯定决定论,是否选择自然科学式因果关系等方面的区别产生了犯罪人形象的差异。抽象人的犯罪人形象是具有理性能力和自由意志并且不强调对其矫治,而危险个体的犯罪人形象则相反。下文将对社区矫正的犯罪人进行归纳,而危险个体和抽象人的简答二分无法满足这种归纳,新的类型因此有必要被创设。

二、社区矫正犯罪人形象的抽象化及其浅层解释

社区矫正是以具体人登上刑法学的舞台。具体人,特殊预防,社区矫正三者紧密联系。这是显而易见的。唯有具体人,危险个体,才需要个别地探求在这一个犯罪身上,是什么导致了犯罪。古典学派将犯罪人视作抽象人,同样的犯罪就只需要严格按照事先确立的罪刑对应表,给予统一的刑罚即可。而具体人视野下则不同,如菲利所言:“同样的犯罪,从人类学和社会学方面说,由于犯罪的原因不同,对各种人格的罪犯需要采取不同的治疗方案,”^④基于不同犯罪人不同的人格,设置不同的教育、惩戒与改造,这便将矫治引入了刑罚之中。而基于监狱矫治效果不佳,公众对监狱巨大财政负担不满等原因,社区矫正出场。在社区矫正中,犯罪人的形象的演进趋势为完全具体人,相对具体人,抽象人三个阶段。因此,传统讨论中危险个体和抽象人不足以反应社区矫正犯罪人形象。同时,从完全具体人到抽象人,我们可以看到一个社区矫正犯罪人抽象化的趋势并最终发展到犯罪人作为抽象人,这显然背离了菲利那里的对具体危险个体的观察而与旧派的抽象人完全契合。这显然值得惊奇——以实证主义学派理论为依托的,关注于具体人的社区矫正,似乎背离了其起点而走向了其对立面。

① 参见菲利:《实证派犯罪学》,郭建安译,中国政法大学出版社2004年版,20页以下

② 大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社,1993年版,170页。

③ 见前引劳文,61页。

④ 见前引菲利书,179页。

为什么会出现这种背离？本文尝试给出两个解释，第一个解释是浅层的，这个解释将在本部分给出，第二个解释则是深层的，将在本文第三部分完成。而无论是浅层次亦或是深层次的，本文都努力在解释上做到历史与逻辑的统一。

（一）完全具体人

如前所述，矫治的起点是实证主义视野的完全具体人。尽管在实践可能未必如此，在缓刑矫治早期，犯罪人被认为仅仅需要来自未经训练的志愿者提供友谊与支持，而唯有在犯罪人被视作需要进行个案式考察与治疗的完全具体人时，拥有知识的专家们才以医生的角色登上社区矫正的舞台。^①这或许仅仅是社区矫正不成熟所带来的一个偶然，而强调绝对的特殊化的完全具体人则迅速成为主流。绝对特殊化的观点认为犯罪产生的种种因素都需要个别的考察，然后基于个性的考察结果进行具有针对性的教育、改造。由于犯罪人的差异体现在生理的、社会的诸多因素，而法官却只能对犯罪行为“罪与非罪，此罪与彼罪”判断，引入心理学家，病理学家，精神病专家和教育专家便显得十分必要。对犯罪的审判与作为审判结果的刑罚共同成为一个检测和治疗的过程，法官、医生，教育专家们共同构成“医生”，查明病情之后，方可以对症下药。菲利本人也直接将矫治与医疗类比，其称“现代医学宣称，研究病症必须从研究病人入手。同样的疾病，如果病人的情况不同，可以用不同的方法进行治疗”^②，如此，矫治和医疗都必须对症下药。在这种情况下，司法的权力被部分地让渡，我们可以看见，与君权那种需要公开、戏剧化的仪式进行展示的权力不同，与知识相纠缠的权力总是更加隐秘、微观。

总之，完全具体人的特点是，犯罪人无能力趋利避害但可矫治，是作为差异个体而存在的，关注重点在于导致犯罪行为产生的犯罪人的生理性、社会性的特质，采用的技术类似于医疗诊断，强调“对症下药”。

（二）相对具体人

在犯罪人被视作完全相对人时，一个必然的结果就是矫治中的官员与专家具有极大的自由裁量权。也因此，社区矫正在这时被视作医疗模式（Medical Model）和诊所式的（the Clinical Treatment）。极大的裁量权下，社区矫正的正当性和有效性在 20 世纪七十年代被广泛质疑。人们批评社区矫正的正当性，因为社区矫正不能使得犯罪人受其应报（just deserts），更有悖“同样情况，同样处理”的基本正义。再犯率和犯罪率的居高不下，则使人们质疑社区矫正是否有效。监狱矫治也曾为因矫治无效而备受批评，但是在社区矫正这里，矫治无效的批评则更需值得注意。监狱矫治无效下，犯罪人尚且能够在监牢之内而丧失犯罪能力，社区矫正的矫治无效下公众却将因此直接暴露于危险之中。社区矫正作为监狱失败的产物，却可能产生监狱所不存在的风险，即服刑期间对社会安全的威胁。由此产生了两种路径，第一种路径回归旧派下抽象人的设定，强调将对已然之罪的惩罚与未来的再犯可能性相结合，使得矫治标准尽可能的确定与统一。第二种路径则仍然保持具体人的基本理念，但认为将犯罪人视作完全抽象人时矫治效果不佳，所以有必要提高其矫治规则的规范程度。有学者从功能主义出发，认为这体现了社区矫正放弃了矫治作为唯一机能，而将正义修复、报复也吸纳入社区矫正中^③。实际上，社区矫正从未完全服务于单一功能，而只是以某种功能为主。而从犯罪人形象来看，我们就可以发现，看似不同的第一种路径和第二种路径实际上都放弃了完全具体人的理念，而走向了相对具体人。也基于同样的相对具体人的设定，两种路径采取的改革措施都是相似的，强调将危险评估规则，处遇标准等矫治规则进行一定的抽象化，标准化。而功能主义视角的观察，则不能够发现两者在犯罪人形象上的殊途同归。

① 见 Eric J. Wodahl & Brett Garland, *The Evolution of Community Corrections: The Enduring Influence of the Prison*, *The Prison Journal*, Vol.89 (2009)

② 见前引菲利书，178 页。

③ 李川：《修复、矫治与分控：社区矫正机能三重性辩证及其展开》，载《中国法学》2015 年 05 期。

不同路径下共同产生的相对具体人，更应该被理解为对完全具体人修正，其仍然贯彻着实证主义学派的基本逻辑。只是不采实证主义学派绝对化的观点，不再强调中的犯罪人的完全特殊性，而是进行一定的类型化，抽象化。相对具体人的特点是，犯罪人不存在趋利避害的理性能力和自由行动的意志，但具有可矫治性。个体化程度减弱而出现集体/类型化的倾向，关注犯罪人之所以犯罪的生理，社会特质并致力于减少这些特质。

（三）抽象人/风险

早在 19 世纪上半叶，监狱就因其无效所制造出的监禁循环（carceral circle）而饱受批评，进入监狱的人带着犯罪的烙印出狱后，而后又带着烙印返回监狱。由此，威胁社会安全的大军由此不断被生产。在当时，对这个批评有着三种回答。第一，设计一种彻底取代监狱的产物，既实现监狱隔离罪犯的正面效果，又消除其负面效应，也即产生威胁社会的监禁循环。第二，对监狱进行内部变革。第三，是给予这种循环以人类学的地位使其成为研究的客体。^①当我们今天再审视这三个回答时，第二个答案，监狱的内部变革之道则直到今日也未能找到。第一个答案在当时的设想实际上是恢复古老的流放制度，这并未成功。但 20 世纪 70 年代后，我们却或许可以宣称找到这样一个替代物，那就是将犯罪人作为风险进行识别与管理的社区矫正。将犯罪人识别为抽象风险，通过分类、预测加以治理，这实际上是第一种答案与第三种答案的混合。

这绝非将犯罪人视作具体人的社区矫正，尤其是将犯罪人视为完全具体人的传统社区矫正。在犯罪人作为具体人时，必然无法隔离罪犯，监狱的正面效果没有实现。同时，其负面效果监禁循环不仅没有消除甚至加强了。许多接受社区矫正的犯罪人在社区矫正时（甚至不是社区矫正结束后）违反禁令，数量极多的缓刑、假释的撤销（Revocation），犯罪人被投入监狱。^②社区矫治由此不仅没有缓解监狱压力，反而增大监狱压力，增多监狱开支，也强化了监禁循环。

当矫治被宣告无效时，矫治所依托的新派具体人的设定也由此被放弃。社区矫正的犯罪人被理解为抽象人而体现为风险。这种将犯罪人理解为风险的理念，实际上不仅仅产生在社区矫正，而是整个犯罪学与刑法学，而被称之为新刑罚学。新刑罚学的特点在于以群体为单位考察犯罪人，主要论述语言是风险和概率，主要方法则是识别，分类，计算和管理^③。

当犯罪人被视作风险时，风险管理而不是犯罪人的社会复归成为社区矫正的目标，完全集体/类型进行管理，不再关注犯罪人之所以犯罪的生理，社会特质，矫正处遇并不取决于某犯罪人甲或某犯罪人乙本身的“犯罪动机，人格特质或犯行本质，而在于过去累计数百、数千类似某甲或某乙的犯罪人的风险因子、发生率、存活率等数据精算后决定。”^④

因此，对于社区矫治犯罪人形象变化的浅层次的解释是社区矫正追求目标的变化。对矫治效率和正当性的追求产生了完全具体人到相对具体人的变化，而当防卫效率取代了矫治效率时，抽象风险的犯罪人形象则登上了社区矫正的历史舞台。因此，社区矫正风险管控的原理，也正在于此：犯罪人不再是矫治的对象，而是通过数据、概率进行控制、监督与防范的客体。

① 福柯：《刑罚的社会》，载陈兴良编：《刑事法评论》（第 8 卷），强世功译，中国政法大学出版社。

② Wodahl E J, Ogle R, Heck C. Revocation Trends: A Threat to the Legitimacy of Community-Based Corrections[J]. Prison Journal, 2011, 91(2):207-226.

③ Malcolm M. Feeley; Jonathan Simon, The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications, 30 Criminology 449 (1992)

④ 周愆嫻：“以风险评估为基础之新刑罚学”，载《月旦法学教室》第一百二十四期。

三、保卫社会：社区矫正犯罪人形象抽象化的深层解释

通过上文的梳理，我们可以看到，社区矫正犯罪人经历了一个由完全具体人到相对具体人再到抽象人的过程，并且这种转变的浅层次原因是社区矫正目标的转变。但是，对于目标转化本身我们似乎还未给出解答，这就要求进一步挖掘历史的逻辑给出一个深层次的解答。从表面上看，抽象人似乎是背离了实证主义理论的具体危险个体的，而应当归属旧派。那么，应该如何理解这种背离？难道这意味着，旧派在社区矫正这里取得了胜利？回到原点，对旧派和新派的思想进行再理解，我们发现，和传统观点不同，旧派与新派并非截然对立而是存在密切联系。唯有发现并且承认两者的联系，我们才能够理解社区矫正犯罪人形象抽象化，也方能意识到这种抽象化绝非偶而是存在坚固的历史背景的。旧派与新派看似是两个毫无关系的集合，却仍然存在着某种隐蔽的交集等待发掘。

新派的核心在于，刑事责任本质不是应报而是社会防卫。而为了实现社会防卫就必须“向后看”，不是犯罪行为而是具体犯罪人应该得到刑法的关注。于是，刑罚的任务也就成了研究犯罪人的种种特质并予以“治疗”，消除其再犯可能性，使其由危险状态中解除，由此保障社会安全。而将犯罪人认知为抽象人/风险的社区矫正，尽管已不再重视危险个体的具体特质，但其核心目标却仍然是社会防卫。福柯曾经指出，即使是强调报应与惩罚的旧派也暗含着社会防卫的理想，“从贝卡利亚开始，许许多多的改革家就试图仅仅依据社会利益或保护社会之需出发，来定义犯罪的概念、定义公共一方的角色、定义惩罚的必要性。罪犯首先侵害了社会利益；由于破坏了社会公约，他就把自己树立为社会内部的敌人。”^①对于这个论断更加丰富的阐释出现在《规训与惩罚》里，福柯在这本经典中向我们说明了“监狱的诞生”^②不是大写的启蒙真理所造就的，其背后的追求，乃是弃置君权这种不知节制的权力而代之以更加精细，更富效率的惩罚权力和规训技术。犯罪人，在君权作用下，是与国王肉体相对立的肉体；在旧派的社会契约下，则是撕毁契约者主张改革的法学家则把惩罚视为使人重新获得权利主体资格的程序；在规训技术下，则是屈从恭顺的个人。但是后两种犯罪人，都将惩罚的正当性建立在社会之上，而惩罚也唯有能够修复社会时才有价值。与之相对的君权则不然，任何行为只要“逾越了法律为其规定的严格界线，就是犯法，而不考虑其是否造成伤害，甚至不考虑是否破坏了现存统治。”，因为这种行为使得使得“最高者的权利受到侵犯”并“冒犯了其尊严”^③。以往对此书的解读，将论述中心放在君权与规训技术两者的对比，进而忽视了书中提到的以社会契约论为基础符号权力，也进而忽视了符号权力与规训权力的贯通之处。

总之，符号权力与规训权力共有的，旧派与新派共同分享的理念，是刑罚的基础并非君权而是社会，惩罚不修复君主的破碎的尊严，而服务于保卫社会的理想。于是，最高的君主与最卑微的之间罪犯被紧紧联系起来，两者竟然都处于“法律之上”和“法律之外”而“存在某种对称关系，他们可以说彼此伸出手来，像两个拒绝、无视或毁弃根本契约的人。”惩罚不是展示君主权力的仪式，犯罪人亦绝非彰显君主权力的工具。而旧派与新派都强调保卫社会，只是使用技术不同，前者将报应与惩罚视作“使人重新获得权利主体资格的程序”，犯罪人由此转化为“恢复社会契约的权利主体”而新派则希望消除犯罪人的危险特质，重新复归社会。那么，社区矫正中由新派的完全具体人到旧派抽象人的背离也就不那么难以理解了，因为将犯罪人识别为风险仍然以保卫社会和公共安全为目标，但不再将实现这个目标寄托于个体的惩罚或改造，而是从总体上进行控制与管理。所以，与其将犯罪人在社区矫正

^① 见福柯：《刑罚的社会》，载陈兴良编：《刑事法评论》（第8卷），强世功译，中国政法大学出版社。

^② 这是《规训与惩罚》一书的副标题，“监狱的诞生”很好的概括了本书的内容，尤其当监狱被宽泛的理解时。

^③ 福柯：《规训与惩罚》，刘北成、杨远婴译，生活·读书·新知三联书店，1999年版，第51页。

中被识别为风险视为背离，毋宁理解成为了新派和旧派共同目标而造就的新技术。但是，上面的论述还仅仅让我们基于旧派与新派在社会防卫的共通性而可减少从完全具体人到抽象人这一变化的差异，却仍然不能解释这一变化本身是如何发生的。如果我们再次审视“社会防卫”这个目标，或许就能够得到答案。实际上，变化发生的答案就在于社会本身已然变形。旧派那里的追求犯罪人重新回复权利主体资格的“道德的社会”和新派倡导的从偏差人回归正常人的“规训的社会”，已然转向了“治安的社会”和“安全的社会”。道德的社会和规训的社会仍然关注个体，而“治理的社会”和“安全的社会”则以生命政治关注整体。在“安全的社会”中，整体安全被放在了更高的地位，规训权力尽管也“试图支配人的群体”、但是，这种对群体的支配最终服务于使“这个人群可以而且分解为个体，被监视、被训练、被利用，并且可能被惩罚的个体”，生命政治则是相反，足球“使人群组成整体的大众，这个大众受到生命特有的整体过程，如出生、死亡、生产、疾病等等的的影响。”实际上，所谓生命政治就在于关注生命的动物性而非政治性，但是规训权力关注于个别肉体的驯服，生命权力则在于总体人口。于是代表总体人口的出生率、死亡率和人均寿命等指标受到关注，强调统计学意义上整体的安全与平衡，可以说，“现代性国家‘治理术’并不在乎每个个体，它只通过‘安全技术’等调节性杠杆对总体的量进行维护。”于是，关注具体特质的具体人被作为群体被治理的风险所替代也就可以理解了，其关键就在于，尽管同样服务于社会防卫，但前者所保护的社会与后者是不同的。一个现象可以很好的显示此点，那就是同样作为概率的“再犯率”在社区矫正中已不再重要。曾经使得社区矫正饱受抨击的“再犯率”之所以不再重要，便是因为其暗含着使得个体犯罪人复归的目标，再犯率本身也是针对个体而言的。而今天的社区矫正只需要以足够经济的手段控制社区整体安全，将风险降低在到一个可控区间段。我们可以看到，20 世纪后半夜产生的，识别犯罪人为风险的社区矫正终于实现了 18 世纪的理想：一种既实现监狱隔离罪犯的正面效果，又消除其负面效应的监狱替代物，诞生了。

从“道德的社会”到“规训的社会”再至“安全的社会”，统治的关注对象实现了个体到群体的变化，关注重心则由权利恢复和资格重塑发展到安全维护和风险防范。一言以蔽之，全体安全是今日社会治理的核心。而深挖旧派与新派的话语就能看见两者在保卫社会这一共通之处，以新派理论为基础的社区矫正正在其创设和发展中保留着社会防卫的旗帜，而当所保卫的社会发生转变之后，社区矫正犯罪人形象也随之转变了。正视旧派与新派在保卫社会这一根基的贯通，社区矫正犯罪人形象抽象化的趋势便不再像是一个怪胎而难以理解。抽象化趋势与作为其理论原点的新派学说有着深厚的血脉关系，与旧派话语亦并非泾渭分明。这便是社区矫正犯罪人形象抽象化的深层次解释。

结 语

本文首先回顾了刑法学史上旧派与新派对犯罪人形象的讨论，并结合社区矫正的特殊之处，创设了新的犯罪人形象，从而第一次对社区矫正中的犯罪人形象进行了讨论。本文认为社区矫正的犯罪人形象为完全具体人，相对具体人和抽象人/风险三者并发现了社区矫正犯罪人形象的抽象化趋势并给出了浅层次和深层次两个解释。浅层次而言，是社区矫正所欲实现的功能的变化。深层次的解释则认为两派并非截然对立，而都将惩罚的合理性建立在社会防卫而不是君权之上。但是，由于被保卫的社会本身经历了“道德的社会”到“安全的社会”的转化，社区矫正的犯罪人便由危险个体转向抽象人/风险。

系统考察社区矫正犯罪人形象还避免了以往研究只看技术，忽视原理的不足。原理而非技术层次的审视，也能够让我们更加关注社区矫正风险管控的正当性问题。在这里引进阿甘本的神圣人理论稍加讨论。神圣人理论的核心是，在至高主权者与至贱神圣人之间的张力是作为结构而深深嵌入在人类社会之中。神圣人是彰显权力而被制造的，神圣人被排除于社会但这种排除却是以纳入式的排除进行的。而被识别为风险的犯罪人是否也可能沦为犯罪人呢？是否存在这样一种消极的种族主义，在保卫社会的名义下，将本应是社会一部分的一类人群以保卫社会、社会安全的民意被排除出去，变得更加边缘化？上面简单的说明显示，社区矫正风险管控的正当性问题并非不证自明的，继续进行原理层面的正当性讨论因此显得很有必要。这或许构成未来的研究方向。

（责任编辑：李明哲）

我国反家庭暴力的立法探究

姚会名*

【摘要】 一直以来，家庭暴力事件屡见不鲜，这一社会问题引起世界各国的关注。家庭暴力是导致家庭破裂的重要原因之一，因此不少国家都制定了比较完善的反家庭暴力法律制度。相比之下，我国在这方面起步较晚。2016年3月1日，我国首部针对家庭暴力的立法《反家庭暴力法》正式实施。这部法律的颁布对于家暴暴力问题的遏制无疑具有重大意义。

本文主要以刚颁布的《反家庭暴力法》为研究对象，首先，从家庭暴力的基本问题入手，阐述家庭暴力的含义，剖析产生家庭暴力的原因和危害。其次，介绍了其他国家关于反家庭暴力的具体法律制度，列举出典型的反家庭暴力相关制度。随后，结合我国在此之前的反家庭暴力相关法律制度，对我国《反家庭暴力法》进行评析，指出其中的亮点与不足之处。最后，结合我国实际情况，提出了相应的完善建议。

【关键词】 反家庭暴力法 家庭暴力 立法

前言

从古至今，家庭一直是人类身心的栖息地，是温馨的代名词。而随着家庭暴力的出现，家庭和谐成为人们共同的追求。据调查数据显示，中国近3亿个家庭里，有约三分之一的女性遭受过身体或精神上的摧残。^①

20世纪末期，家庭暴力问题逐渐引起国际的关注，人们对制定解决家庭暴力问题的法律呼声越来越高。1999年，联合国大会把阳历的11月25日定为消除对妇女的暴力国际日，还呼吁各个国家对家庭暴力问题提高规范意识，制定专门的法律。在我国，自2011年著名的英语成功学励志导师李阳对其妻实施家庭暴力事件，遭到社会各界的批评，家庭暴力问题也开始引起人们关注，且当时全国妇联对此事件作出回应，计划颁布《反家庭暴力法》。2015年浙江台州一名普通的外出务工人员李云，遭到丈夫家暴被割掉鼻子，只能靠嘴巴呼吸。这种恶性家暴事件不仅破坏了一个家庭，严重危害孩子的身心发展，而且对社会的和谐发展造成威胁。2017年5月17日，至上励合成员之一刘洲成的妻子在社交软件上发布声明，称自己在结婚后先后遭到丈夫六次家暴，此事件顿时引起热议。

反家庭暴力的法律制定过程十分曲折，在2014年11月，国务院法制办公室发布“反家暴法（征求意见稿）”，向社会公众广泛征求意见。2015年3月全国妇联向国务院法制办报送《反家庭暴力法（草案）》，直至7月被通过。四个月後，国务院法制办发布征求意见稿。2014年最后一个月，全国人大常委会通过《反家庭暴力法》。在人们期待下，2016年3月1日《反家庭暴力法》正式施行，在此之前，此方面的立法尚不完善，家庭暴力受害者通过法律途径救济自己存在很多问题。因此《反家庭暴力法》的出台，对我国社会和谐发展具有深

* 姚会名：上海政法学院17级法律硕士。

① 赵秉志、郭雅婷：《中国内地家暴犯罪的罪与罚——最高人民法院公布的四起家暴刑事典型案例为主要视角》，《法学杂志》2015年第4期。

远的影响。

本文主要从反家庭暴力的立法方面进行探究,从家庭暴力的现状为出发点,介绍了家庭暴力的含义、深入剖析产生家庭暴力的原因和危害。并结合国外反家庭暴力的法律制度,评价了我国已实施一年的《反家庭暴力法》的亮点,同时分析其不足之处,提出了完善的具体措施。

一、家庭暴力问题概述

(一) 家庭暴力的界定

对于家庭暴力的概念问题,从不同角度分析可得出不同结论。由于各个国家的风俗文化、地域、国情等因素不同,即使很多国家对家庭暴力问题已有专门的法律,但是至今对家庭暴力还未形成统一的认识。

相较于其他国家,我国探究家庭暴力问题出发时间很晚,我们对家庭暴力的了解经历了逐步深入的过程。2001年《中华人民共和国婚姻法》予以修订,亮点之一是加入了禁止家庭暴力的相关规定,这是我国法律首次出现“家庭暴力”一词。同时该法规定了对制止家庭暴力问题,村民委员会、居民委员会、公安机关、人民法院等机构的相应责任,但是并未规定家庭暴力的具体概念。当年12月,最高法院对婚姻法的司法解释中明确了家庭暴力的行为方式,即殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段,但规定的范围具有模糊性。2002年,新《婚姻法》明确禁止实施家庭暴力,遗憾的是没有明确列举哪些行为可以界定为家庭暴力行为,也没有规定家庭暴力的概念。

直至2016年,在我国《反家庭暴力法》第二条中明确规定了家庭暴力的概念,家庭暴力指的是家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神侵害行为。这是我国第一次通过立法明确家庭暴力的概念。其中明确界定了家庭暴力的主要行为方式,以及指明家庭暴力侵害的客体主要是身体和精神,遗憾的是,该法中仍然未将性暴力、经济控制包含在内。另外,在本法的末尾处又特别规定了“家庭成员外共同生活的人之间实施的暴力行为,参照本法规定执行。”可见,除家庭成员以外共同生活的人被纳入到反家暴规制主体,而不再仅仅局限于家庭成员,扩大了施暴主体的范围。这就使得在婚姻法中不受保护的非婚同居关系在此被调整,在法律实践中具有重大意义。

(二) 家庭暴力产生的原因

家庭暴力的出现不是仅因某一种原因所导致,而是多个方面综合作用的结果。当然,对此原因的分析也会因人而异,笔者结合我国国情,就历史、法律、社会、经济方面,对产生家庭暴力的原因分析如下:

1. 传统文化层面

纵观我国历史传统,首先,家庭文化中有男尊女卑的理念、严重的夫权思想,即使一直以来我国倡导人人平等、男女平等,但至今那种封建思想仍未完全消除。家庭中很多男性认为自己地位比妻子高,有不称心如意之处,极可能会有辱骂、恐吓、殴打等暴力行为。其次,当人们受到家庭暴力时,觉得是丢人的事,不愿让他人知道,即所谓的“家丑不可外扬”,受暴者往往会为了颜面而委曲求全。另外,在教育子女方面,很多家长信奉“虎妈”、“狼爸”这种形象,“不打不成才”的思想根深蒂固。父母认为对孩子严格要求可以使他们成长成才,而借助棍棒则是建立威信最好的选择。最后,从古至今,我国有离婚让人看不起的封建观念,即使受到家庭暴力,受暴者会考虑孩子和家庭而选择忍受,甚至一次次原谅,这会导致家庭暴力继续发生乃至泛滥。

2. 法律层面

自20世纪末期,国际上对于家庭暴力的研究逐步深入,各个国家政府开始制定专门的法律来整顿家庭暴力问题。相对于国外,我国在这方面的立法研究和实践起步都较晚。在

2016年《反家庭暴力法》出台之前,我国法律中并未具体规定家庭暴力问题的救济途径,而只是在《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国未成年人保护法》、《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国妇女权益保障法》等法律中有条文规定法律禁止家庭暴力,然而家庭暴力立法方面存在规定笼统、针对性弱、实用功能差的特点。^①比如父母因孩子考试成绩不及格而对其进行辱骂、殴打,但是可能会因为家暴持续时间短、危害性不严重而不构成虐待罪,而该案无法用法律途径解决。另外我国处理家庭暴力的方式一般属于不告不理,对受暴者来说具有限制性,因而放任了施暴者的家暴行为。甚至有些公民不懂法律,不知道家庭暴力是违法行为,很多受害者被家暴后,未意识到可以借助法律的武器来保护自己。所以,立法方面应予以调整,完善相应的解决机制,联系实际生活,增强法律的实用功能。同时,要在实务中向公民普法。因为即使有再好的法律规定,无人使用也毫无意义。

3. 社会层面

从社会层面分析,社会上很多因素影响家庭暴力的产生,笔者从以下几个方面简要分析:第一,家庭地位的差别。在中国较多数的家庭中,男方负责挣钱养家,而妻子扮演着处理家务、生儿育女、照顾丈夫孩子的角色。如果妻子没有做好家务或没有照顾好家庭,很可能引起家暴,遭受丈夫的打骂。而且,很多长期在外工作的男性有工作赚钱养家,家庭地位就高的错误观念。^②第二,社会压力。随着社会竞争加剧,人们压力越来越大,在外工作需忍受别人的不解、上司的苛责,即使委屈,也只能忍气吞声,极有可能回家把这种压力宣泄出来,而宣泄压力的方式更多的是采用家暴形式。这是最愚蠢的方式,因为家暴不仅不会缓解压力,而且还会进一步激化家庭内部矛盾。第三,社会环境。社会环境是影响家庭暴力产生的外部原因,有很多人因为某些社会不良风气的影响而丧失道德底线,追求名利和地位,在外养情人,而与妻子反目成仇,因为一点琐事闹矛盾可能会大打出手。所以,社会因素对家庭暴力起着不可估量的作用,认清自己家庭地位、平等对待彼此、缓解压力都非常重要,可降低家庭暴力发生的概率。

4. 经济层面

马克思主义哲学理论中指出,经济基础决定上层建筑,从实际生活中可看出经济基础关系到家庭的和谐,尤其是经济上不好的家庭出现家庭暴力的概率越大。^③在中国,大多数家庭是男方收入高,女方收入低甚至是无收入,则女方在经济上不得不依赖于对方,愿意为丈夫孩子尽心尽力地付出。在这种情况下,久而久之,男方会有经济地位上的优越感,从而对妻子不满,因此爆发家庭暴力。当然,若男方不务正业,整天游手好闲,日常生活依赖于妻子单方的收入,即使女方有心软、感性的天性,但是长期下去女方可能会无法忍受,而对丈夫实施家暴。所以,各方要有自己的收入,保持经济上的独立性,在家庭中经济地位平等,有助于减少家暴行为的发生。

(三) 家庭暴力的危害

“家庭暴力”是人们共同排斥的行为,它不仅深深伤害个人的身心健康,而且对家庭造成极大破坏,甚至对社会的和谐与稳定造成威胁。只有清楚的认识家庭暴力对各方面的危害,才能意识到制止家庭暴力的出现具有重大意义。家庭暴力有哪些危害呢?笔者认为主要体现在以下几个方面:

1. 家庭暴力侵害受暴者人身权、身体健康权

根据《家庭暴力法》第二条对家庭暴力的定义,可知家庭暴力的行为方式主要包括殴打、捆绑、限制人身自由、经常性谩骂、恐吓等行为。显然,家庭暴力行为侵害的不只是受

① 全凤英:《论家庭暴力的成因及其预防》,《山东社会科学》2004年版,第75页。

② 张彦莉:《〈反家庭暴力法〉为家庭和睦保驾护航》,《新疆日报》2016年第5版。

③ 王文英:《对家庭暴力防范措施的探讨》,《法制博览》2015年第12期。

害者的身体健康,更对其人格权造成严重影响。再加上每个人都有自尊心,尤其是在其他人面前遭受家庭暴力时,内心深感羞辱。不难想象,严重的家暴还会直接危及受暴者的生命。例如浙江徐先生在街上边打边辱骂妻子,妻子已经被打的鼻青脸肿,男子还抓住她头发不放手。该女子在路边,突然往路中央方向跑去,想要轻生。可见徐先生实施的家庭暴力已经严重侵害该女子的身心健康,使其受到肉体的疼痛以及精神的摧残,导致她想不开而结束生命。

2. 家庭暴力破坏家庭及婚姻关系

婚姻关系是构成家庭的根基,一旦婚姻关系破坏,和谐的家庭将无从谈起。据统计数据显示,我国的离婚率越来越高,其中因家庭暴力而解散的家庭有 10 万个左右,这个数据能有力地说明家庭暴力已经成为影响婚姻家庭关系重要因素之一。与此相对应,我国《婚姻法》具体条文中有所体现,其中规定的离婚事由包括家庭暴力。在家庭暴力事件中,大多数是女性和未成年子女为受害者,无论是身体原因还是家庭地位方面,她们都处于弱势地位。即使遭受严重的家庭暴力,由于没有能力反抗,未成年子女只能哭泣、忍受,而妻子在考虑保护孩子时常常采取离婚的方式。殊不知,一个家庭的解散不只是对家庭成员有害,可能会引发不良的社会问题。例如离婚后,孩子不能接受老师同学等身边人异样的眼光,无法全身心投入学习,加上其叛逆的心理而养成不良嗜好。另外,有些女性在结婚后放弃自己的工作,因此在离婚后因无职业而缺乏经济来源,这就在一定程度上导致就业压力有所增加。

3. 家庭暴力侵害未成年子女的身心健康

毋庸置疑,对未成年子女施加家庭暴力势必对他们造成伤害,不仅阻碍未成年人的身体发育,还有可能导致他们产生心理疾病,比如家暴常常会使未成年人对施暴者产生恐惧心理。另外,尽管受暴者不是未成年子女,但是对于他们来说,虽然没有亲身经历家庭暴力,身体上并未遭受疼痛,但是由于经常目睹家庭暴力行为,则会使他们心理更容易扭曲。久而久之未成年子女形成急躁暴力的性格,这将影响他们今后一生的命运。对此有相关研究表明,经历过家庭暴力或经常目睹家庭暴力的人,会在以后更容易成为家庭暴力的施暴者,以暴制暴的案例时有发生;而在和谐温暖的家庭环境下成长的孩子,与存在家庭暴力的家庭相比,犯罪率较低。^①未成年人正是祖国的花朵,在和谐温馨的环境下有望成为国家栋梁之才。因此,家庭暴力极大地侵害了未成年子女的身心健康,减少家庭暴力、呵护未成年子女,有利于培养他们的身心健康,在温馨家庭中成长成才。

4. 家庭暴力阻碍社会的进步

众所周知,和谐的社会是一个个幸福家庭结合的结果。家庭的稳定,必然在一定程度上影响到社会的进步。自古以来,人们向往大同生活,和谐社会是我们共同的追求。然而当前我国家庭暴力现象层出不穷,实现大同社会需要做出更多的努力。在这种理想的社会中,家庭暴力行为是极少存在或是根本不存在的。因此,只有大力打击家庭暴力,才能实现和谐稳定的社会环境。

社会的进步与发展是人类创造的,当人们在家庭生活中遭受家庭暴力时,当受暴的程度越来越严重时,他们的幸福指数会降低,在日常工作生活中有焦虑、抑郁之感,无法全身心地投入进去,则必定引起工作效率下降,自身对社会的意义降低。家庭暴力使受害者精神和身体上都遭受折磨,长久便对和谐的社会失望,不能积极地面对生活。另外,家庭暴力频繁出现,影响民众对社会情感的变化,破坏社会和谐之感。

二、境外家庭暴力问题的法律规制状况

毋庸置疑,世界上各个国家对家庭暴力问题都已有研究。通过查阅各国立法制度等相关资料发现,截止到目前为止,全球已有约 130 个国家法律制度中有家庭暴力的条款,有约

^① 张红艳:《法律透视婚姻家庭暴力》,中国法制出版社 2006 年版,第 192 页。

90 个国家颁布了对口性的反家庭暴力成文法。这些国家对此问题早已开始探究,并且广泛付诸于实践,因此,国外很多国家尤其是发达国家对规制家庭暴力问题相当成熟。相比之下,我国在家庭暴力问题起步较晚,研究深入程度不足。其中美国、加拿大、挪威、英国、新西兰等国家各有典型制度,对我国家庭暴力问题的预防和救济具有重大借鉴意义。笔者就几个国家的典型制度列举如下:

(一) 美国反家庭暴力完备的救济途径

首先,纵观美国的立法制度,与我国相比,美国对实施家庭暴力者处罚十分严格。例如在美国,如果父母殴打孩子事件被警察得知后,警察会立即实施逮捕,同时向施暴者发出“远离令”;如果夫妻之间发生家庭暴力,受害者自己或者他人报警后,警察同样会马上采取行动强制逮捕他们。像以上两种构成公诉罪的案件,一经报警立案,则不能撤销起诉。

其次,美国对家庭暴力问题的救济途径比较完善。其中民事保护令制度是最具有特色救济制度之一,是法院对实施家庭暴力者发出的强制其为某些行为的命令。例如由郑晓龙执导的电影《刮痧》,讲述了华人许大同在国外采用中国民间治疗方法刮痧给孩子治病,而由于中西文化的差别,许大同的行为被误认为是犯罪。因此,法院剥夺他的监护权,同时发出“远离令”。该命令正体现了民事保护令的作用,命令发出后会产生以下效果:禁止实施暴力的行为继续进行;禁止施暴者靠近受暴者住所或经常出入的地方;禁止施暴者妨碍受暴者的日常活动;规定法院帮助受害者正常使用生活必需品,同时禁止施暴者进一步转移财产,给受害者造成更多的损失。^①另外,受到家庭暴力的人可以向警察报案或向法院提起诉讼来保护自己。显然,美国的民事保护令制度是起到挽救家庭,降低离婚率的作用。

最后,美国设立专门规制家庭暴力的反家暴联盟等组织机构。比如美国建立了妇女庇护所,它是保护女性受暴者权益的专门组织。女性在遭受丈夫家暴后,可以来到庇护所请求物质、精神上的帮助。妇女庇护所不但会给这些需要帮助的女性提供隐蔽的住处(一般为 17 个月的居住期),而且提供相应的膳食、穿衣、看病等服务,更人性化的一点是有未成年子女的妇女可以带到妇女庇护所抚养。

(二) 加拿大以预防为主的反家庭暴力立法模式

首先,根据加拿大所颁布的《反家庭暴力法》可知,当女性在家遭受家暴威胁时,可以立即拨打电话向警方求助。若施暴者阻止警方进门,即使警察破门而入,仍属于合法行为。法律允许强制进入房屋解救受家暴威胁者的规定,体现了国家对家暴行为的严格规制,在一定程度上阻止家暴行为的发生。

其次,加拿大设立了强制报告制度,即国家发布指导性文件,鼓励甚至强制规定医生、教师等在上班时发现家暴行为,应当报告给警察。这就要求这些工作者提高警惕,有擅于发现家庭暴力的意识。因此,有些学校加入训练反对家庭暴力意识的课程,旨在培养学生正确地看待家庭暴力问题。另外,在街道上反家庭暴力的宣传随处可见,受暴者或受到家暴威胁者可通过上面的紧急电话向特定机构求助。

最后,加拿大在刑法中规定家庭暴力较为严格。其中规定只要是故意实施家暴行为,则无论伤害程度如何,都构成犯罪。另外,加拿大法院内部设有极具特色的家庭法庭,有专业人员负责,有利于更好的专门解决家庭纠纷、家庭暴力等问题。

(三) 英国多机构参与的反家庭暴力运作机制

英国对家庭暴力问题一直很重视,极具影响力的是在 1992 年,反家庭暴力的一基金会联合社会媒体在爱丁堡爆发了一起“零忍耐”运动。发起者旨在通过这场运动认识到家暴对个人、家庭乃至社会的危害性,提高反对家庭暴力意识,预防和制止妇女、儿童遭受家暴。尽管此运动和宣传花费多年时间,但逐渐得到社会各行业人们的认可,并最终获得英国政府的支持。零忍耐运动取得成功,是英国为反家暴史册上添下重重的一笔。

^① 叶琦:《中美反家庭暴力法制相关问题比较分析》,《华东经济管理》2006 年第 11 期。

英国把多机构在工作上配合,共同遏制家庭暴力作为对付家庭暴力难题的最佳途径。英国法律要求警察局、医院、检察院、法院、律师事务所、社区服务机构等所有与家庭暴力救济有关的机构都必须相互配合。无论是何种家庭暴力事件都要认真负责,不能相互推诿。在需要其他机构配合时,要及时与对方联系。若以上机构发现有家庭暴力事件的发生,即使受害者未求助,他们可以主动介入,向受害者提供有针对性的帮助。多机构合作的运作机制,有助于减少受害人寻求救济的成本,提高了获得援助的效率。

另外,英国还规定了“占有令”和“禁止骚扰令”。其中占有令最常采用的一种情形是某人一旦实施家庭暴力,则命令其完全远离原住宿,且为了防止其再次施暴,还被限制不得再次进入。禁止骚扰令是在某家庭发生家暴事件后,不管是否有人向法院提出受保护申请,法院可主动保护受害者。^①法院会结合具体案件情况分析受害者所处状况是否安全,再决定是否颁布“禁止骚扰令”。

三、我国《反家庭暴力法》的评析

在家庭暴力极受关注的时代,不负众望,2016年3月1日,反家暴的对口性法律《反家庭暴力法》正式实施,无疑为中国反家庭暴力的规制迈出一大步。笔者认为,该部法律极具中国特色,下面就其亮点与不足简要分析如下:

(一)《反家庭暴力法》的立法亮点

1. 设立人身安全保护令

《反家庭暴力法》首次用专章具体规定了人身安全保护令,即法院为维护受害者安全做出禁止施暴者继续实施家暴行为、远离受害者等特定行为的一种民事强制措施。^②从本质上讲,人身安全保护令是行为保全,是在家庭领域内规范人们行为的有力武器。其实我国在2008年出现了人身安全保护令,当时只是在某些省市进行试行,实施效果不错。但是申请保护令是建立在离婚、赡养老人、继承等案件的基础上,法院当事人一般不向法院单独申请人身安全保护令。如果先向法院单独申请保护令,那么必须在30日之内提起离婚、赡养老人、继承等诉讼,否则发生效力的人身安全保护令会被撤销。而《反家庭暴力法》规定可以在不提起离婚、继承等诉讼的条件下,向法院申请保护令,从而缩小了申请的限制条件。

另外,《反家庭暴力法》还规定人身安全保护令可以代为申请。申请者不仅包括受暴者的近亲属,还包括居民委员会、村民委员会等机构。代为申请制度弥补了受害者不是完全民事行为能力人或受害者受到胁迫等情况而不能申请保护令的缺憾,此可谓亮点之一。

2. 公安介入的告诫制度

公安告诫制度是一种非强制性措施,指公安机关对行为轻微的家庭暴力实施者采取训诫、教育的制度。然而在早年,公安对于不严重的家庭暴力行为一般采取口头上的劝告和教育进行调节,这不能使施暴者有被训斥、惩戒之感,从根本上不改正违法行为,可能会进行二次施暴。2013年7月,江苏省高级人民检察院、省高级人民法院、省妇联以及省公安共同《江苏省家庭暴力告诫制度实施办法》,成为中国首次设立告诫制度的文件。

在新实施的《反家庭暴力法》在总结实践中的问题后,在第十六条明确界定了公安告诫制度的含义和告诫书应包括的内容,即家庭暴力情节较轻且依法不构成行政处罚的,公安机关可以向施暴者进行教育,还可以利用公权力开出告诫书。另外,在第二十条规定人民法院审理家庭暴力的案件,能够以公安机关出具的告诫书为证据。显然,此法条在一定程度上缓解了家庭暴力案件举证困难的难题。

^① 蒋月:《英国法律对家庭暴力的干预及其对中国的启示》,《太平洋学报》2008年第11期。

^② 罗霄悍:《人身安全保护令:一道法律隔离墙》,《人民法院报》2016年第2版。

3. 非当事人的强制报告制度

我国传统观念认为家庭暴力是家务事，公权力不得介入，应当自己关起门来解决。一方面，受文化的影响家庭暴力事件不易被他人发现。另一方面，受暴者一般为家庭地位低下的女性、未成年人子女、精神病患者等弱势群体，其中大多数人为没有完全民事行为能力，甚至不能自理。由于这些受害群体生理、心理上的约束，导致自己报告难的问题。周而复始，施暴者眼见受害者无能为力会变本加厉。因此，家庭暴力问题极具隐蔽性地特征，存在极大的安全隐患。

强制报告制度，是《反家庭暴力法》创新性制度之一。在第十四条规定医院、学校、居民委员会、村民委员会、福利机构等易发现存在家庭暴力的机构及其工作人员在工作中发现无行为能力或限制行为能力人可能遭受家庭暴力的，有义务及时报案给公安机关。而且在第三十五条规定以上有义务的人员不依法履行义务应承担的责任，即若引起严重后果，则依法受处分。该制度促进公安机关对受家暴的弱势群体及时救助。

4. 撤销监护资格制度

俗话说：棍棒底下出孝子，我国很多家长仍信奉孩子不打不成才的教育观。此理念导致家长在殴打、辱骂孩子时，会以爱之心切为实施家暴的借口。《反家庭暴力法》第二十一条明确规定近亲属、县级政府、村委会、居委会向法院提出申请，对严重侵害被监护人合法权益的施暴者撤销监护资格，另行指定监护人。尽管在此之前，《中华人民共和国未成年人保护法》和《民法通则》有条文规定撤销监护人资格制度，但是内容笼统，实用功能差。《反家庭暴力法》用专门的法律具体规定撤销监护人的监护资格，具体而权威，弥补了相关法律的不足之处，将降低虐童事件的发生率，更好地维护了未成年子女的合法权益。

（二）《反家庭暴力法》的立法不足

1. 家庭暴力范围狭窄

根据《反家庭暴力法》第二条对于家庭暴力的概念规定中，可看出此处的家庭暴力包括身体侵害和精神侵害，而在现实生活中有很多性暴力事件的发生。且此法条规定的家暴方式主要为殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式，这些都是属于积极的行为。而在现实生活中有些消极行为堪比上述行为有危害，比如在家庭中漠视、疏远等冷暴力行为。但是根据第二条的规定并没有把性暴力、冷暴力这样的行为规定为家庭暴力的内容，导致女性遭受性暴力、冷暴力时无法认定为家庭暴力，不能通过《反家庭暴力法》寻求帮助。另外，女性极容易因受害得不到法律援助而否定自己，产生女性受歧视的严重后果。

2. 反家暴相关部门职责不清

根据《反家庭暴力法》第四条可知，该法只规定县级以上人民政府负责对家庭暴力的各种工作，相关部门做好反家庭暴力工作。这种概括性的规定使得相关部门的职责不明确，必然导致在司法实践中各部门工作不能做到分工到位。这些部门齐头并进，即共同进行反家暴，不能充分发挥人民政府、各社会团体等相关组织的职能，可能最终造成无人管辖的局面。

3. 缺乏反家庭暴力专门组织

目前，我国在反家暴工作上尚不成熟，专门的《反家庭暴力法》仅实施一年，没有专门管理家庭暴力问题的机构。而英国的警察局中设有家庭暴力专职部门，遭受家庭暴力的女性可直接来这里寻求帮助，更人性化的是工作人员大多由女警官。通过女警官的调解、安抚或者帮助开启法律程序，问题基本可以解决。经调查，我国部分受家暴的女性、未成年子女、老人等为寻求救济自己的原因是不知选择什么方法解决，所以他们极其需要一个明确的指引。

四、完善我国《反家庭暴力法》的立法建议

至目前为止,《反家庭暴力法》的颁布至今已实施一年多。我们在肯定它的同时,也认识到其不足之处。笔者就前述不足之处,提出完善建议如下:

(一) 拓宽家庭暴力范围

根据上述分析可知,性暴力和冷暴力应当包含在《反家庭暴力法》的概念之中,相应地应当明确界定性暴力和冷暴力的内涵。按照联合国卫生组织的定义,婚内性暴力主要是指发生在家庭内部一系列非意愿性的性经历,它包括使用威胁和引诱的手段进行不情愿的身体接触和强迫性性行为。笔者认为法院在审理是否构成性暴力、冷暴力时应当考虑夫妻双方的关系、是否处于分居状态等。另外,对于婚内性暴力和冷暴力的行为处理方法,按照《反家庭暴力法》第三十三条规定处理,如果违反治安管理,应当给予治安管理处罚;构成犯罪的,应当追究刑事责任。

(二) 明确反家暴相关部门职责

反家庭暴力是一个程序化的系统性工作,在此过程中涉及到人民法院、人民政府、公安机关、妇联组织、医院等机构的参与,对各部门职责明确界定有助于高效的解决家庭暴力问题。显然,在法律制度方面细化参与反家庭暴力的组织机构职责非常重要。第一,利用好人民政府的公权力,如负责教育工作的行政部门做好宣传工作,提高全民反家暴的意识;政府在制定社会发展计划时考虑到减少家庭暴力的因素。第二,妇联组织对反家暴法律制定历程作用极大,因此要巩固其地位,在实践过程中让妇联起到直接安抚受暴者的作用。第三,人民法院审理家庭暴力案件时,不能与其他案件采用同种方法,应当考虑家庭中遇到的具体情况,施暴者动机如何等因素。

(三) 建立反家庭暴力专门组织

众所周知,对症下药是解决问题的捷径。当然,解决家庭暴力这一对社会有恶劣影响的问题也在此列,需要专门的组织机构、专业的工作人员予以处理。第一,设立反家庭暴力专职部门。当未成年子女、老人、女性等遭受家庭暴力的弱势群体在受到家暴或家暴威胁时,明确知道去反家庭暴力专职部门寻求救济,避免不知去何处伸张正义。^①第二,在医院设立专门处理家庭暴力的窗口。家暴受害者直接去医院指定处理家暴的窗口,医生对其伤害进行鉴定,包括身体创伤和心理创伤,同时也为那些不愿让他人知道自己遭受家暴的受害者提供便利。第三,设立反家庭暴力专门法庭。家庭暴力与婚姻家庭案件不可分离,法院就审理婚姻家庭关系案件经验的法官组成合议庭。该反家庭暴力专门法庭在审理案件时结合家庭具体情况,还可根据申请做出人身安全保护令。

结 语

家庭暴力是破坏社会和谐敏感字眼,这一问题越来越引起社会各界的关注。我国在反家庭暴力立法方面起步较晚,在总结实践经验的基础上,2016年3月1日,我国第一部解决家庭暴力的专门法律《反家庭暴力法》正式颁布。当然,该法的出台得到了大多数人的赞同和支持。到目前为止,《反家庭暴力法》已经出台一年多,它对构建幸福美满的家庭、和谐社会具有不可替代的作用。结合法律实践,更能体现出该法秉承以预防为主、救济为辅的理念。

首先,从实际出发,笔者在剖析家庭暴力内涵、原因、危害的基础上,对家庭暴力有了深入了解。其次,通过研究国外解决家庭暴力问题的法律法规,具体阐述了其中的亮点和

^① 方芳:《关于反家庭暴力法强化对未成年人特殊保护的几点思考》,《人民法院报》2016年第6版。

足之处。最后,在借鉴国外反家庭暴力典型制度的基础上,针对相应问题提出完善《反家庭暴力法》的建议。

《反家庭暴力法》对促进个人发展、家庭美满、社会和谐具有里程碑的意义。但是,徒法不足以自行,该法只是使处理家庭暴力问题有法可依。遏制家庭暴力,建立美好家园需要我们共同努力。

参考文献

- [1]刘雨萌.试论《反家庭暴力法》中家庭暴力范围的界定[D].江苏:南京大学,2016.
- [2]元帅.家庭暴力民事保护令制度研究[D].北京:中央民族大学,2016.
- [3]班莹.我国反家庭暴力立法的缺陷及完善[D].西安:西北大学,2013.
- [4]沈睿.我国反家庭暴力的立法探究[D].安徽:安徽大学,2016.
- [5]孙晓飞.家庭暴力防治中人身安全保护令制度研究[D].河北:河北经贸大学,2016,7.
- [6]夏凡.《反家庭暴力法》中的救济机制研究[D].安徽:安徽大学,2016.
- [7]郑凌燕.国外反家庭暴力立法一览[J].人民论坛:特别策划,2015(11).
- [8]刘洁.反对家庭暴力法律制度的完善——《中华人民共和国反家庭暴力法》有关人身安全保护令制度的解读[J].法制博览:热点笔谈,2016.
- [9]张菁.论《反家庭暴力法》对家庭暴力的规制[J].法制博览:2016(7).
- [10]刘文怡.论《反家庭暴力法》的制度创新[J].法制与社会,2016(6).
- [11]于桂凤.试论《反家庭暴力法》的完善[J].延安职业技术报:2016,30(3).
- [12]刘中一.婚内性暴力受暴妇女的认知和与因应基于一项质性研究的讨论[J].中国性科学,2011(10).

(责任编辑: 李云平)

电子诉讼对传统民事诉讼的影响与完善

王宁*

【摘要】电子诉讼是通信技术纳入到诉讼之中而产生的一种新型的诉讼方式。这种新型的诉讼方式在有利于提高诉讼效率,降低诉讼成本,极大程度的便利了当事人,所以越来越多的国家及地区开始使用这种诉讼方式。但电子诉讼的使用的同时,对传统的诉讼也会产生一定的冲击,在特别是在民事诉讼领域,其与直接言词原则,与具体的法律行为存在某些冲突,并且在技术方面,有被非法查看、泄漏的可能,因此我们应在充分了解的基础上,提出进一步完善的建议,使之更好的为我国司法发挥作用。

【关键词】电子诉讼 冲击 完善适用

引言

自20世纪中期,特别是到了90年代,通讯技术快速发展,在人类历史上成为最具有影响力的技术之一。在互联网时代,采用电子手段联络对传统面对面的方式产生了极大的冲击,有取代之势,而且不可避免的向司法、诉讼领域渗透。而现阶段,我国正在不断推动人民法院信息化建设,努力朝着更高层次的方向前进,电子诉讼作为其中的典型,其应用正在一步步迈入一个新的时期。

一、电子诉讼的发展

电子诉讼的发展早在上世纪就开始了。1999年,国际诉讼法大会在奥地利举行,其主题便是“信息社会的挑战:现代科技在民事诉讼等程序的应用”,会中,德国赫尔默特·赫里斯曼教授提出了是否能将诉讼程序完全数字化;卷宗能否采用电子化的形式去查阅和管理;起诉状、书证等相关的法律文书等能否采用电子传输等的方式提交等等问题。除此之外,2007年在巴西,2010年在匈牙利举行的世界诉讼法大会,电子司法,新科技在诉讼领域的应用都是讨论的主题之一。随着信息技术和通讯技术在我国的发展,将其与诉讼程序结合,特别是民事诉讼程序,引起了我国较多学者的关注,因此我们必须重视在利用信息技术的同时,其对传统程序带来的影响,并且进行合理的解释或改变,以促进我国诉讼法的发展。

所谓电子诉讼,有广义和狭义之分。在广义上,电子诉讼是指数字化法院或无纸化诉讼的整体概念。广义电子诉讼又分为“内部电子诉讼”与“外部电子诉讼”。内部电子诉讼主要是指法院办公的电子化,财务系统的电子化,公文系统的电子化等,即法院的信息化建设。外部电子诉讼主要包括提交电子诉讼文书,电子送达等。其中,内部的电子诉讼也被称为狭义电子诉讼。一般而言,我们所讲的电子诉讼是指狭义电子诉讼。而且,大部分学者认为电子诉讼,相较于刑事诉讼和行政诉讼而言,更适宜适用于民事诉讼领域,因为刑事诉讼

* 王宁:17级刑法学硕士研究生。

是要行使刑事审判权的，这关系到公民的人身甚至是生命安全，行政诉讼是处理公民和国家之间的法律关系，这二者对诉讼保障的要求更高。因此，我们一般认为电子诉讼更适宜在民事诉讼领域发展。

早在十多年前，德国学者便预言，电子诉讼将以极不平衡的程度波及法庭诉讼程序，包括诉讼形式、法律人和诉讼当事人的行为方式以及复杂多样的诉前程序、诉中程序和诉后程序。^① 随着通讯技术和互联网的发展，产生了适合各国的电子诉讼方式。

（一）外国电子诉讼的发展

美国的电子诉讼的起源较早，最开始的是 1970 年美国民事诉讼规则，规则中写到允许在发现程序中提出或收集以计算机为基础的信息，也就是数据汇编，到了 90 年代，电子数据和电子发现程序已经是司空见惯了。而当前，在民事诉讼领域，美国联邦法院和各州的法院都可使用电子诉讼。譬如，联邦纽约州北部地区法院、加利福尼亚州法院都是可以以电子案件的形式提交系统的。

在德国，经过多年的探索，其司法的电子应用也有了非常大的改革，在法律中做出了相当多的规定。诸如《电子司法》规定了法院与当事人的法律交往电子化；《改革强制执行中的财产查明法》规定了法院与民事执行程序中债务人信息的电子化；《加强法院程序和检查署程序中使用视频技术的法律》规定了法院庭审方式的电子化。这三部法律在德国电子司法的构建中，发挥着不可缺少的作用。现如今，德国普通法院每年审结民商事案件（不含家事案件）一百五十万件，而每年处理的督促程序却达六百万件。^②所以电子督促程序在德国是电子诉讼的重点，这是减轻法官负担的重要途径和方式。除此之外，电子视频传输技术在德国也进行了相应的拓宽，而且部分的学者出于减少法院负担，促进经济提高效率的目的，还建议在未来引入电子准备程序。

电子诉讼在韩国的应用也非常广泛。在各当事人同意使用的前提下，^③就可以通过电子诉讼的方式进行审理，这不仅大大加强了诉讼的便利，而且在送达，在法庭辩论和审判的透明度方面都有很大程度的提高。韩国的电子诉讼依据是《民事诉讼中利用电子文书的相关法规》，在其附则中规定，在 5 年内，由韩国大法院为电子诉讼的实施时间和对应的程序作出具体的规定。据统计，从 2010 年 4 月到 2012 年 5 月，韩国专利诉讼受理总数 1449671 件，其中电子受理 434266 件占 29.96%。

除此之外，英国在电子诉讼方面也有部分规定，在送达方面允许使用传真等电子方式，允许远程展示证据，并且部分法院开始试点使用虚拟法庭。新加坡在此方面也做得较为先进，2013 年，新加坡研发了综合电子诉讼系统，这比新加坡之前使用的电子文件提交系统更加便利，例如用户可在注册登入后进行网上起诉，可在法律规定的相应期限内，随时查看与该案件相关的文件，亦可在系统内对案卷进行积极管理，对开庭日期进行主动选择。由此可见，电子诉讼在世界范围内已成不可阻挡的潮流，在我国也产生了相当大的冲击。

（二）国内电子诉讼的发展

在国家信息化政策的推动之下，人民法院将国家信息化战略目标从不同的层面落实到司法改革的实践之中，并且提出“要全面加强人民法院信息化建设，努力实现审判体系审判能

① [德] Peter Gilles: 《德国民事诉讼程序电子化及其合法化与“E—民事诉讼法”之特殊规则》，张陈果译，载《民事程序法研究》第 3 辑，厦门大学出版社 2007 年版，第 308 页。

② 近几年，德国受理的民商事案件和督促程序的数量均有所下降。与 2005 年处理 856 万件督促程序相比，2010 年至 2014 年全德每年处理的督促程序分别为：643 万、602 万、583 万、576 万和 559 万，详见德国 2015 年司法统计年鉴（Rechtspflege, Fachserie 10, Reihe 2. 1），网址：<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Gesellschaft-Staat/Rechtspflege/Gerichtsverfahren/Gerichtsverfahren.html>，访问日期：2016 年 1 月 14 日

③ 参见杨建文：《韩国民事电子诉讼制度的发展》，《人民法院报》2013 年 5 月 3 日第 8 版。

力现代化目标”。与此同时，电子诉讼与电子法院的构建成为法院系统的战略目标。^①这就要求法院在行政管理过程中不仅要有技术化信息化的体现，还要在审判诉讼活动中的有具体的应用。

在我国民事诉讼领域中，尽管电子诉讼依然处于探索的过程中，但也有了十足的发展，其中以吉林电子法院，杭州电子商务法庭为典型。

吉林电子法院是我国电子诉讼的典型，是人民法院信息化建设在吉林的探索与实践。吉林电子法院实现了全程性的电子诉讼，能够做到全部信息的公开透明、全部信息的整合、智能引导和技术支持，可视化交流，可远程立案。吉林电子法院包括从网上立案到缴费、证据交换、质证、视频会议、送达到调解、庭审等全部流程，而且整合了审判流程、裁判文书和执行信息三大公开平台。在该电子法院审理案件，从立案到质证，可以实现 24 小时在线进行，审理的案件范围也是包括了一审和二审。不同于传统意义上的法院，在吉林电子法院上进行审理的案件，律师有专门的登录入口，完整的视频会议系统，在执行上有便利的信息共享平台，甚至与相关的信访部门建立互通平台，实现及时推送、随时调取。这些都不受时间和空间的限制。而在此基础上发展起来的智能法院更是加强了监督功能，建立监管系统，相关人员可以查看案件审理情况，督促案件按时审结。

2015 年 5 月 28 日，浙江省杭州市余杭区的电子商务法庭第一案开庭审理，自此，对于电子商务案件，实现了从举证、庭审、判决以及执行全流程在线解决的电子诉讼模式。这要归于浙江法院的法院系统与阿里巴巴的数据库的成功对接，为及时化解电子商务领域纠纷，便利当事人诉讼提供了极大的便利。线上购物因其便利性、快捷性、随时性而快速发展，对于我国公民更是习以为常。但只要存在交易，就一定会存在争议。首先，线上购物门槛低，任何人都可以在网上出售商品，而且监管存在不当之处，这就存在很多因质量问题而产生的纠纷；再加之线上购物无法实时看到、接触到商品本身，对商品无法形成一个完整的认识，所以在拿到之后才发现不合意的情况大量存在，尽管可以按规定退货，但依旧存在相当的数量需要法院处理。因此，余杭区的电子商务法庭充分考虑到线上购物的特性，对此类案件进行全流程的在线模式。

在电子法院和电子商务法庭这种模式之外，许多法院着眼于诉讼的部分阶段实现电子化。在立案阶段，有广州市的网上立案平台；在庭审阶段，有云会议，远程调查等方式；在举证质证阶段，允许不同方式的传输技术；在送达方面，也允许使用传真等其他方式，通过电子送达实现繁简分流。

以上，充分体现出电子诉讼具有全程性与阶段性的特点。部分案件，如德国的电子督促程序^②、大部分欧盟国家选择的电子化小额诉讼程序、我国的部分电子商务类案件，可以从立案到执行，全阶段采用电子诉讼方式，这就是全程性的特点。其他类型的案件，可在某些环节中，选择电子起诉、电子送达等方式，这体现了阶段性的特点。

二、电子诉讼对传统民事诉讼的影响

不可否认，无论是以电子法院为代表的全程性电子诉讼，或是以远程调查、电子送达为典型的阶段性电子诉讼，都在民事诉讼领域的适用越来越广泛，而这种带有时代性、技术性的新型诉讼模式，在给当事人带来便利、提高司法效率的同时，不可避免的会对民事诉讼产生一定的冲击。

^①《发动信息化建设这个“引擎”》，《人民法院报》2015 年 11 月 2 日第 1 版。

^②周翠：《电子督促程序：价值取向与制度设计》，《华东政法大学学报》2011 年第 2 期，第 69 页。

（一）对民事诉讼原则的影响

1. 对直接言辞原则的影响

直接原则要求法官、当事人及其他诉讼参与人、证人、鉴定人，要亲自参与法庭调查、听取法庭辩论，要亲自出庭举证、质证、辩论，要亲自到庭作证；言词原则要求，诉讼的方式，应当以言词方式进行，要进行口头作证，口头审理等。直接言词原则有助于实现司法的亲历性，其对程序的正义、实体真实的发现和效率的提高都有着不可忽略的价值。而电子诉讼在民事领域的适用，首先就会对直接言辞原则造成一定的影响。因为当事人若选择电子诉讼的方式，要求通过视频等其他方式不出庭，或证人也选择类似于远程视频等方式不到庭作证，这与直接言辞原则所要求的当庭口头辩论、到庭口头作证不相一致，“在场”的要求无法满足，法官不能很好的察言观色，会使直接言辞原则被架空。

2. 对公开原则审判的影响

程序讲究公开，在诉讼程序中，以旁听为例，法律规定公民有旁听庭审的权利，可是在电子诉讼中，通过视频系统来审理的案件，公民根本没有到庭旁听的可能，所以如果使用电子诉讼，也会对电子诉讼对公开审判原则产生损害。

（二）对程序选择权和诉权的影响

电子诉讼的发展离不开国家的宣传与推广，但是在推广中，必须要充分考虑现实，首先要考虑的现实就是我国社会的发展不均，一般而言，在一线城市发展推广是比较顺利的，但在中西部地区，则不能忽略部分公民技术不足、缺乏相应的设备，不会通过电子方法诉讼的方式参与到诉讼中；其次，部分法律人或是公民如果认为电子诉讼使得“象征法律客观性仪式性的要素”^①减弱而产生抵触心理，不愿通过电子方式诉讼，此时再强制其使用电子诉讼，那么这种侵害其程序选择权利的方法就是不可取的。另一方面，公民既然享有选择使用电子诉讼的方式进行诉讼的权利，但如果不具备相应的技术能力和物质，又怎么能加强诉权的保障呢？因此，在推广的过程中，培训等的技术和物质支持不能少。

（三）对诉讼安全性和诉讼真实性的影响

通过短信、移动客户端等方式向当事人、辩护人、代理人推送案件信息的方式已经经过最高人民法院的认可，而且也同意以短信的形式向当事人及诉讼代理人发送程序性事项。但如果一个国家网络环境不好，有不法分子对其进行破坏，故意传播计算机病毒、故意损坏程序截取或加载邮件病毒，或者法院内部人员随意查看，这就会发生法律文书的非法查看、当事人的信息的非法泄露和获取的问题，那么其安全性和真实性有如何保障呢？所以电子诉讼的安全真实性问题为各国所重视。

（四）对民事诉讼行为的影响

1. 对起诉的影响

传统的诉讼立案方式，是当事人向法院提交书面起诉状及其副本，或按照法律要求口头起诉。然而在电子诉讼中，电子起诉主要包括申请、自动立案和自动缴费三个环节。只要当事人，或诉讼代理人在法院的相应系统中提交电子起诉状即可，不存在法律规定的副本问题。

^①参见[美]伯尔曼：《法律与宗教》，梁治平译，三联书店1991年版，第48页。

2. 对庭审的影响

传统的诉讼庭审方式,主要包括庭前的证据交换,到庭进行举证、质证,当庭法庭调查、法庭辩论。但在电子诉讼中,在庭审前,主要是利用诉讼数据库,对文书进行编码、扫描、发送,自动生成证据列表并交换证据。在庭审中,主要是利用视频传输技术进行庭审,但我国民事诉讼法解释却只在简易程序中规定,为弥补证人等无法出庭的不足而允许使用,规定范围过窄。

3. 对书证提交的影响

传统的证据主要指物证、书证等,但在通信技术迅速发展的今天,各种社交媒体,聊天工具的大量使用,使得在这些领域发生的大量案件,部分甚至有可能是案件的全部证据,都是电子证据,所以电子数据成为法定证据之一。但对于书证的电子提交存在疑问,主要是在技术上,如何满足电子签名和文书到达证明的问题。

4. 对送达的影响

送达方式的发展一直是将现代科学技术融入其中,经历了直接送达、邮寄送达和电子送达阶段。广义的电子送达,包括短信送达、电话送达和电子邮件送达。对于电子送达,我国法律有明确的规定,如民事诉讼法 87 条,电子送达适用于判决书、裁定书和调解书之外的文书送达。但是存在电子送达的标准模糊,而且存在如何确定其效果和安全性的问题。综上所述,电子诉讼在带来便利和效率的同时,其对传统民事诉讼产生的冲击和影响也不容忽视。因此,我们应当对电子诉讼进行完善,以期能更好的为司法服务。

三、我国电子诉讼的完善建议

电子诉讼的确不会让传统诉讼遁入虚无,但不得不承认具备在根本上改变主流纠纷解决方式的潜能。因此,我们要针对电子诉讼产生的各种疑问,提出应对的方法。

(一) 对民事诉讼原则进行重新诠释

1. 直接言辞原则

电子诉讼阻断了法官在物理上的亲历性,减少了法官与当事人等的面对面交流,与直接言辞原则不符。但我们也应当明确,直接言辞原则在保障公平正义的同时,如果采取绝对的适用,也会使诉讼拖延,所以直接言辞原则有减弱的趋势,如德国民诉法 128 条规定,在双方当事人同意的情况之下,可以不经言词辩论而做出裁判。^①不过为了加强当事人的信赖,不能因为电子化,相关法院和法官就委托其他法院法官审理,要保障裁判主体的直接性。

2. 公开审判原则

在采用视频方式庭审的案件中,确实会对公民的旁听产生影响,但却也产生了在网上观看案件的方式。这其实是另一种贯彻公开审判原则的方式,扩大了观看庭审的人数。

(二) 明确电子诉讼中程序选择权和诉权保障

电子诉讼是为法律和正义服务的,只有把握好其中的关系,才能更好的发挥其作用。无论如何,电子诉讼是以一定物质基础和技术水平为前提的,所以在法律上,要加强程序选择

^① 《德国民民事诉讼法》,丁启明译,厦门大学出版社 2016 年版,第 9 页。

和诉权保护,电子诉讼的使用应以当事人的同意为前提,但出于推行电子诉讼,加快其建设的步伐,对于国家机关、法律职业人员甚至是商事主体,应当规定使用电子诉讼,在美国,甚至出现了强制商事主体电子起诉的办法,同时也要避免法官在电子诉讼的情况之下成为“审判的机器”。在技术上,要加强在此方面的法律援助,系统的设计要简洁,要使当事人有不同的选择可能,以保障诉讼权利的行使。

(三) 加强技术安全保障

1. 在基础设施方面

设施和设备的成问题是首要问题,也是保障电子诉讼安全的关键,电子送达是否安全、电子文书是否真实,很大程度上是取决于设施的状况。所以法院在使用服务器方面,不能用商业服务器,要采用技术保障较高的专门的服务器。

2. 在安全性方面

为防止专门的电子司法系统被破坏,保护当事人的信息,必须要加强电子法律交往的安全性问题。我国在发展电子诉讼时,可以借鉴德国规范重视电子身份识别和电子提交的行为经验,加强电子系统的安全性,同时提高司法人员法律职业伦理,减少甚至避免任意调取电子诉讼文件的行为。要对其中的违法犯罪行为,依法处罚,以保障电子诉讼的顺利进行。

3. 在真实性方面

如何分辨电子文书是真实还是伪造的,是首先要解决的问题。意大利通过强调系统性的安全保障解决此问题,我国也在探讨、提出相关真实性的识别机制,但使用何种技术手段并不明确。一般而言,在我国建立安全的网络渠道,让电子诉讼的参与者在法院专门的电子诉讼系统中进行活动,较为可取。

(四) 明确电子诉讼行为规则

1. 在电子起诉方面

在我国,网上立案平台的应用正在兴起。无论是网上预约立案,律师网上直接立案,还是现在广州两级法院所有一审民商事案件和执行案件的立案申请,我们都要对电子立案的规则进行详细规定。与电子起诉的三个环节对应,要明确以下规则:首先就是电子起诉立案的效力问题,这应当与书面起诉立案的效力相同;其次,要打破地域管辖限制;最后要发展诉状电子签名规则。只有规范好这三个方面的内容,电子起诉才能在电子诉讼中真正的发挥应有的功能。

2. 在庭审方面

一方面,在庭审前,可以充分利用视频化的审前会议,以便利的方式促使当事人合作,使得庭审的过程能够更加顺利,提高效率降低诉讼成本。但在另一方面,我国对通过采取视频的方式进行庭审的规定范围过窄,这看出我国采取了谨慎的态度。所以要在适当扩大视频庭审的适用环节和主体的情况下,确保其异议权,避免为追求效率而损害公平。

3. 在提交电子书证方面

如果要提交电子书证,首先就应当承认电子签名的效力,对此,我国电子签名法第7条的规定,确认了电子签名与亲笔签名具有相同功能,确认了其合法性。在文书到达证明标准方面,要实行文书到达主义,以当事人提交的电子书证到达法院时发生法律效力,并以法

院接收系统中的时间为标准,若因为系统原因发生故障,可视为诉讼障碍。

4. 在电子送达方面

规定允许电子送达的国家和地区,对电子送达都采取了较为谨慎的态度,奥地利在 1990 年制定出电子交易法,但直到 1999 年才开始允许通过电子方式提交和送达。我国民事诉讼法在些许情况下已经允许电子送达,但考虑到判决书、裁定书和调解书的重要性与特性,这三种文书除外。对于某些案件大省,如广东,人口流动十分频繁,若当事人在故意逃避,就会给本就不易的送达问题雪上加霜,所以在我国,特别是在北上广深这些特大城市,采用电子送达,真的很有必要。因此,电子送达的问题亟需解决,要制定具体的规定。首先,要解决当事人的接受责任问题,如德国生效的电子送达要求当事人出具确认信,这是电子送达的前提条件,只有这样,才能使电子送达具有可操作性。其次,是实施电子送达的推定制度。我国上海采取的是电子送达的事实推定,以到达系统的日期或是查看文件的日期为标准,最后,还要保障电子送达的安全性和真实性,在保障安全的同时,确认真实,不使送达有后顾之忧,可以借鉴德国在电子送达方面要求加重签名,建立分级安全标准。只有解决好这三方面的问题,才能是电子送达更好的发挥作用。而且民事诉讼法要结合我国实际,这方面的修改,要考虑到现实。

结 语

电子诉讼是一种潮流,能为司法事业插上腾飞的翅膀,是维护司法事业发展的有力武器,也是满足人民群众司法需求的关键。我国的内部电子诉讼已经比较发达,现在的侧重点是外部电子诉讼的发展,构建实质意义的电子诉讼,在提高效率,保障权利和安全的同时,推动社会和谐。我们要在充分研究的基础上,通过法律对电子诉讼的具体规定,让电子诉讼为我国司法的发展助力。

参考文献

- [1]王福华. 电子诉讼制度构建的法律基础[J]. 法学研究, 2016, 06:88-106.
- [2]张兴美. 电子诉讼中的诉讼参与人真实性问题——基于外观主义的分析[J]. 广东社会科学, 2016, 04:249-256.
- [3]侯学宾. 我国电子诉讼的实践发展与立法应对[J]. 当代法学, 2016, 05:3-13.
- [4]刘敏. 电子诉讼潮流与我国民事诉讼法的应对[J]. 当代法学, 2016, 05:14-22.
- [5]魏振瀛主编. 民法[M]. 北京: 北京大学出版社、高等教育出版社, 2010.
- [6]王利明. 法律解释学[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011.
- [7]江伟主编. 民事诉讼法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2013.

(责任编辑: 甘中飏)

从食品安全犯罪的罪过形式思考风险社会下的过失犯罪

陈青*

【摘要】目前,我国学界对于食品安全犯罪的罪过形式尽管有若干不同观点,但理论通说仍是“故意”说占主流。然而,食品安全问题的持续性爆发,对公众的生活、健康都带来了严重的危害。并且,随着“风险社会”理论的出现和发展,很多学者认为,我国已经进入到风险社会,食品安全这类涉及到公共生活,公众利益的公害类犯罪需要适当扩大处罚范围,食品安全犯罪的主观罪过不能只限于主观故意,应该将主观过失也纳入其中。通过有关食品安全犯罪的罪过形式的争论,我们有必要思考是否应该把主观过失纳入到食品安全犯罪中。此外,风险社会理论对我国传统刑法理论的影响和冲击,也值得我们往更深一层去思考,面对诸如食品安全这类公害型犯罪,刑事立法是否有必要对现有的规定予以完善,适当扩大对过失犯罪的定罪处罚,而刑法理论是否也可以突破旧的理论框架,并以此作为理论基础,支持刑事立法和司法实践?本文以犯罪为切入点,结合过失犯罪理论,反思风险社会下增加过失犯罪的必要性和合理性。

【关键词】食品安全犯罪 新过失理论 新新过失理论 风险社会理论

引言

我国刑事立法以处罚故意犯罪为主,过失犯罪为例外,对于过失犯罪,只有在刑法分则明文规定的情况下才追究行为人的过失责任。然而,随着社会生活的复杂多样化,我们慢慢发现,社会生活中的过失犯罪类型在不断增加和变化,并且与我们的生活、工作息息相关。刑事立法在这样的环境下,似乎没能跟上变化的节奏,越来越多的过失犯罪的司法案例需要相应的立法规定为其提供法律依据,此外,刑法学界基于过失犯罪的一些基本理论也展开一番热烈的讨论,例如是否需要完善我国的过失犯罪理论,是否需要增加对过失犯罪的立法规定等。本文将从近年来备受关注的食品安全犯罪着手,探讨该罪的主观罪过,拟从增加食品安全过失犯罪的必要性出发,对当下社会过失犯罪问题展开思考。

一、推动食品安全犯罪立法的食品安全事件

近年来,食品安全事件可谓是一波未平一波又起,本文对从 2005 年至 2015 年十年间具有重大社会影响力的食品安全事故做一个简单的梳理,也有助于本文接下来对相关问题的阐述和分析。

* 陈青:上海政法学院刑事司法学院 2015 级研究生。

1、2005年的“孔雀石绿”事件。“孔雀石绿”实际上是一种人工合成的可以用来杀死寄生虫的有毒化学物质，长期食用的话会有致癌危险，因此是被严格禁止在鱼类养殖中使用的。而对于普通的消费者而言，养殖者是否在鱼类中添加了该化学物是无法得知的。事件最早在英国被相关媒体报道，英国一家超市销售的鲑鱼中含有“孔雀绿石”这种致癌物质，在这之后才引起我国消费者和媒体的关注。于是，2005年6月，我国部分地区的媒体记者开始对此展开实地调查，记者前往当地的养鱼场和水产品批发市场，结果发现，很多渔民在水产品养殖过程中确实会用到“孔雀绿石”，而在运输过程中，卖鱼的商家们也常使用孔雀石绿以此降低在运输过程中鱼类的死亡率。

2、2006年苏丹红鸭蛋事件。“孔雀石绿”事件也许还不是人尽皆知，但若提及“苏丹红”这个三个字，所有人都会不约而同的将其和鸭蛋联想到一起。该事件在被报道之初，很多人不相信商家会在如此普通的鸭蛋上大费周章，而之后的事实却让人大跌眼镜。市场上所谓的“红心”鸭蛋并不是自然生成的，而是一些养鸭户在喂养之时便在饲料中加入了一种药，鸭子吃了这种药后生出来的蛋的蛋心就呈现出让人垂涎欲滴的红色。经检验发现这些鸭蛋中含有高含量的致癌染料—苏丹红。苏丹红鸭蛋事件之所以让人印象深刻，正是因为这个事件之后，食品安全问题开始重新进入公众视野，提醒着广大消费者，我们在享受物质丰富的同时，似乎忘记了同时存在的还有大量的食品安全问题，并且离我们的日常生活那么近。

3、2008年三鹿“三聚氰胺奶粉”事件。三鹿事件是我国消费者心中不可愈合的一道伤疤，该事件的直接后果是造成婴幼儿身体的伤害以及消费者对国产奶粉一度的排斥和恐慌。其带来的恶劣影响甚至蔓延至其他食品领域，即使现在在选择婴幼儿奶粉时，大部分消费者仍会首选进口奶粉，甚至不远千里前往其他国家大量囤货。

4、2010年“地沟油”事件。地沟油的产生和使用过程让人作呕，并且地沟油中含有大量的细菌和有毒有害物质，据相关报道，地沟油广泛用于各种餐馆，甚至被加工成成品进行销售。除了小饭馆，声誉较好的大酒店也都使用地沟油，此外还有很多食品生产中都有用到，涉及范围很广。

5、2011年“瘦肉精”事件。瘦肉精其实是对一类药物的统一称呼，顾名思义，如果在喂养猪的时候就添加瘦肉精的话，猪在成长过程中就会更多长出“瘦肉”，较少的肥肉，但是人吃了这样的猪肉会对我们身体造成很大的伤害。

6、2013年硫磺熏制“毒生姜”。据报道，山东某地的生姜生产农户使用一种具有很强毒性的农药种植生姜，这种有毒农药叫做“神农丹”。更令人瞠目的是，这些生产农户对自己的违法行为直言不讳，丝毫没有想要遮掩的意思，并坦言这些生产出来的生姜他们自己是不会吃的。为什么他们可以使用如此可怕剧毒农药？记者了解到，只要农户事先准备好一些没有添加毒农药的生姜送去相关部门检验，就可以顺利通过。

从这些重大的食品安全事件中，我们可以发现其中的一些共同点。其一，大部分食品安全事件实际上仍然属于“人为”事件，并未涉及太多新的、高科技的手段；其二，有毒有害食品的源头或者说原料供应商往往是种植、养殖农户或者是地方上的小的生产企业、个体生产者，他们往往文化水平不高，对食品行业了解不够，专业知识有限，并且法律意识淡薄；其三，购买食品原材料进行销售或者进一步生产的企业、厂家没有对原材料进行严格的检验检查；其四，行政监管部门没能及时有效的发现，控制和斩断源头，导致事件持续发酵和失控，最终危害公众生命健康和安全。

二、食品安全犯罪的刑事立法变化

（一）立法修改

大量的食品安全事故、司法实践案例的增多，使得刑事立法对食品安全犯罪作出相应

的调整和完善。于是就有了《刑法修正案（八）》和《刑法修正案（九）》对相关条款作出的修改和新的规定。

《刑法修正案（八）》对食品安全犯罪的两个条款做了重大修改，其中第 143 条提高了食品安全标准，也相应地扩大惩治范围。但就针对食品安全犯罪的内容，此次修改并未提及主观过失犯罪。到《刑法修正案（九）》，增加了食品安全监管渎职罪，首先，该条的适用主体是国家机关工作人员，其次，该条针对的是行为人的监督过失行为，而不是普通的过失犯罪行为；再者，该条款包括滥用职权行为和玩忽职守行为，也就是说该罪的主观罪过既包括过失，也包括故意，因此，也引发了学界和实务界的不少争论。然而，事实是，该条规定是对食品安全犯罪立法的一个突破，也是对我国过失犯罪立法和理论的一次突破和挑战，尽管在司法适用过程中难免会出现很多具有争议的问题，但无疑不给我们理论研究留出了很大的研究和讨论的空间，同时也为司法实践处理此类案件提供了统一的法律依据。

（二）刑事立法变化引发的思考

司法实践的需求、刑事立法的变化，促使一些学者开始反思食品安全犯罪的相关理论问题，立法需求，乃至是否需要增加过失犯罪的立法。本文选择从食品安全犯罪的主观方面着手进行探讨。

传统的食品安全犯罪其主观要件为故意，这从《刑法》第三章第一节规定的条款可以看出，而对于食品安全主观过失的犯罪，首先我国刑法总则中规定了对过失犯罪的追究，要依据刑法分则的具体规定。此外，在《刑法修正案九》颁布之前，我国没有刑法分则中没有对食品安全过失犯罪的明确规定。因此，面对食品安全犯罪高发的今天，刑事立法将食品安全犯罪的罪过形式仅限于故意已经不能满足司法实践的需求，并且，司法实务也需要刑法理论对此作出回应，需要有更加完善的理论引导司法适用。因此就有学者提出：面对层出不穷的社会风险，将食品安全犯罪的罪过形式限于故意，不利于做到及时、有效防控！^[1]这里不得不提到的就是“三奶粉事件”。据了解，三聚氰胺当时并不属于我国奶制品生产中必须检测的有害物质中，也没有具体的检测标准。因此，如果要从主观罪过上认定生产、销售伪劣产品的犯罪故意没有充分证据，而刑事立法在当时也没有对故意犯罪之外的过失犯罪作出相应的规定。

实际上，从前文梳理的近年来重大食品安全事件中我们可以看到，食品安全就如同一个长长的链条，涉及到很多的行为主体以及生产、销售环节，只有每个当事人，每一个环节都做到认真负责，才能减少食品安全事故的发生。我国传统的刑法理论和刑法规定，都认为食品安全犯罪是故意犯罪，主观上只能是故意，如条文规定的“在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的，或者销售明知掺有有毒有害的非食品原料的……”。然而，随着食品安全事件的增多及其复杂性，有时想要证明犯罪人主观上的故意就显得略微牵强。生产、销售、运输等，环节众多，参与人员众多，分工不同，责任当然不同，如果仅有主观故意定罪，有时难以证明其主观上的明知，可能会导致勉强定罪或者乱扣罪名的判决结果。食品安全事件中会涉及到不同的主体，我们不妨举例说明各主体在事件中可能持有的主观心态。首先，原材料的生产者或者加工者。如 2005 年的“孔雀石绿”事件，其中渔民在养殖过程中用孔雀石绿来预防虫害，那么渔民是明知孔雀石绿有致癌作用但仍然不顾危害结果继续使

用,还是他们仅仅只是凭着经验和需求而使用,并不知道其有致癌作用呢?其次,产品的生产者和销售者。如三聚氰胺奶粉事件,三鹿集团作为奶粉的生产商和销售者,要能够保证其生产和销售的奶粉是安全的,因此,除了要严格把控好生产环节,还要重视对奶源的检验。再者,行政监管部门。食品安全问题链中的监管部门也是很重要的一个环节,在很多事件中监管部门的置之不问,疏于监管,没有履行自己的监管职责,都是导致事件发生的众多原因之一。

鉴于此,越来越多的学者提出,食品安全犯罪有必要增加过失犯罪,当不具备主观故意时,可以主观过失加以定罪,设置不同的法定刑期,而不至于乱盖“帽子”,或者无法定罪,有利于打击食品安全犯罪,维持社会稳定,保证公众健康安全。于是,学者们就过失犯罪理论中的“新过失理论”和“新新过失理论”展开了辩论,通过理论阐述来证明在何种理论支持下,食品安全犯罪过失犯罪存在的合理性。

三、过失犯罪理论概况

讨论过失犯罪相关问题的前提有必要弄清楚过失犯罪基本理论的发展历程

(一) 过失犯罪理论的发展

1、旧过失理论。旧过失理论下,追究行为人过失责任的标准为行为人是否违反了预见义务,如果对结果没有预见可能性就不认为是过失犯罪。而随着社会的发展水平的提高,技术的普遍运用,旧的过失理论无法应对各类新型行业中出现的大量的新的过失行为。2、新过失理论。新过失理论适应了现代社会中很多行业具有一定危险的特点,既然对可能发生的结果会有预见,那么预见可能性不能再是唯一的标准,在肯定对危害后果有预见可能性的前提下,强调回避义务的重要性。因此,对于新过失理论而言,行为人的回避义务才是过失犯罪的中心内容。3、新新过失理论。新新过失理论则是非常严格地认定结果回避义务的内容,与新过失理论相反,不要求具体的结果预见可能性,而只要求有某种不安感即可。

(二) 新过失理论和新新过失理论面对公害现象的理论分歧

有关新过失论以及新新过失论的区别,陈兴良教授在其著作中作出这样的概括:“新过失论的中心观点是,过失不仅是责任的要素,还是违法的要素,过失的根据不在于过失的心理事实,而在于行为人违反回避结果义务。^[2]新过失理论否认了仅对结果的预计可能性,容许“被允许的危险”出现,适应了工业社会的发展,然而,随着越来越多的公害事件出现,一些学者认为,即便是新过失理论在公害事件也不足以提供理论支撑,而新新过失理论,即“危惧说”,却可以提供理论支撑。

工业革命以后,随着社会的不断发展,技术的普遍性,以及高风险行业的增多,如交通领域、医疗领域等,行为人在日常驾驶或者行医过程中,对于一些可能性的危险结果是可以预见,或者说有一定预见的。而旧过失理论的核心就是对结果预见的可能性,按照旧过失理论,只要发生了事故,出现了危害结果,行为人都应构成过失犯罪,然而,随着新型行业的增多,生产过程复杂性的增加,行为人对结果的具体预见更加是不太可能,于是,在这样的背景下,新过失理论应运而生。新过失理论尽管也包括预见可能性的内容,但是更加强调

行为人的结果回避义务,如果行为人客观上尽到了回避义务,则不认为其构成过失犯罪。但值得注意的是新过失理论仍然强调的是对具体结果的预见,而不是对纯粹的抽象结果的预见。于是,基于新过失理论,出现了“被容许的风险”、“信赖原则”等理论,尽管这些理论仍存在不同的争议,但无疑不是一种进步,较旧过失理论更加的科学和理性。之后,在新过失理论基础,又出现了新新过失理论,又称危惧感说。当进入风险社会之后,除了高危行业之外,另一种现象又逐渐引起大家的恐惧,那就是公害现象。公害现象往往影响到的人群是不特定的,且数量也是不特定的,一旦发生,会严重危害公众的安全、健康、乃至生命安危。新过失理论要求对结果的具体预见,即便不是特别细节或者详细的结果,也一定是行为所指方向的明确的危害结果,但就公害来说,一些学者认为新过失理论也已远远不够,于是提出对于公害现象应该适用危惧感说,只要公众有恐惧感,即便是抽象的危害结果,也可以构成过失犯罪,“这种见解,是为了防止技术革新时代所产生的企业灾害,”^[3]因此支持在危惧感说在公害领域的适用。

四、过失犯罪理论对食品安全犯罪的不同理论观点

有学者提到:“过失食品安全犯罪缺乏规定,不利于有效预防和控制食品安全风险”。^[4]作者认为,食品产业链上的各个主体都承担着风险注意义务,并且被相关制度所规范,相比较于产业链之外的人,他们更加具有注意义务,同时也肩负职责,需要更加地谨慎工作,理应受到法律的约束。当行为人因为过失导致危害结果发生,应该受到刑法的处罚。还有学者提到对食品安全犯罪处罚具有滞后性,“而且有相当部分是由于行为人没有积极履行注意义务而引起的,”^[5]因而重视对过失犯罪的立法和责任追究是十分有必要。此外,也有司法事务部门的学者提出自己的观点:“将食品安全罪过形式限定于故意无法有效解决食品安全领域高标准与成员低素质之间的矛盾”。^[6]这在本文前面总结的近年来食品安全事件的若干共同点中的第一和第二点便已经体现出来。食品安全与人们的日常生活密切相关,因此对其要求的标准一定要十分严格,然而,正如前文提到的,很多食品原料的生产、加工个体或者企业,其文化、专业知识远远不够,导致在原材料这第一个环节中就出现问题。如果主观上仅限于故意,往往很难证明行为人“明知”,则不能依据刑法相关条文予以惩处。因此,就食品安全领域来说,增加对行为人主观过失的认定有利于对食品安全各环节中行为人的过失行为的刑法规制。

(一) 过失犯罪理论下对食品安全过失犯罪的不同观点

日本学者藤木英雄认为,即使对危害结果有具体预见,但是至于结果什么时候发生,对哪些人的生命会产生威胁等,这些因素仍然会让人们感到恐慌,这便是“危惧感”。因此“在这种情况下,为能足以消除这种危惧感,防止结果发生起见,令其有合理的负担,应该说是理所当然的吧!”^[7]尽管对于森永奶粉案件,当时的法院采用了新新过失理论的观点,但对此仍有不少学者持反对意见:“这种学说由于将预见可能性过于抽象化,使刑事过失的成立范围没有限制,有扩大过失犯罪的处罚之虞。”^[8]有学者从理论层面上进行分析,认为该说过于扩大了过失犯罪的处罚范围,具有结果责任的倾向;^[9]并且从概念上理解,“危惧感、不

安感的概念极为含糊,究竟具有何种程度的危险意识才是有危惧感,难以正确认定。”^[10]尽管在回避义务这一点上,新过失理论和新过失理论没有什么不同,但是新过失理论强调对结果的预见是具体的,而危惧感说并非强调对结果的具体预见,只要出现了令人恐惧的恐惧感,便足以,而这一点,正是该理论支持者用来阐述公害案件适用危惧感说的核心点,相反,也正是反对者抨击的核心点。

(二) 小结

对于食品安全犯罪来说,首先,本文认为有必要适当增加过失犯罪;其次,至于过失犯罪的理论运用,本文认为,与当今社会发展状况相适应的新过失理论更加合适。第一,新过失理论仍以对结果的预见为前提,如果行为人对危害结果完全没有预见的可能性,则不构成犯罪。第二,新过失理论在预见义务基础上强调对结果的回避义务,在以义务为要求的同时,更重视行为人是否履行了相应的回避义务,尽可能地避免危害结果的发生。如果对结果有一定的预见,但是主观上没有尽到注意义务,客观上没有尽到回避义务,导致危害结果发生,那么则构成过失犯罪。第三,新过失理论对结果的预见仍限于对具体危害结果的预见,但是,本文认为,这里的对结果的具体预见并不限于对行为导致某种危害结果的具体、详细地预见,因为诸如食品安全这类案件,侵犯的客体并不是单一和固定的,但是行为所可能造成某一类客体的伤害却是可以预见的,例如公众的健康,环境的污染等等。第四,危惧感说强调“危惧感”对法益保护前置的重要性,此类公害事件由于不可预测,危害结果严重,如果等到危害结果发生再予以处罚,后果往往不可。危惧感说提倡的法益保护前置不能认为是错误的观点,但是,以“危惧感”为判断核心则太过于抽象化,会导致各行各业战战兢兢、畏首畏尾,也会扩大处罚范围,不利于行业发展、社会进步。新过失理论否认过于抽象化的结果,允许“被允许的风险存在”,相比较于危惧感说要更加合理。

五、思考：风险社会与过失犯罪

从食品安全犯罪中有关过失理论的争执,我们不难发现,食品安全犯罪只不过是一个缩影罢了。过失理论的发展和变化的背后实际上是社会的发展、传统刑法理论需要发展和进步。正如学者论述:“风险社会对传统刑法的冲击已然存在,切不可因噎废食,妄加否认风险刑法理论体系及其益处和必要性;更不能全盘否定或者全盘接受。关键在于,厘清传统刑法和风险刑法之间的紧张与对立之处,框定问题之所在,进而寻找出风险刑法的正当性和合法性……这应是现行的中国刑法如何宽容地吸纳风险刑法理论所需要思考和厘清的首要问题。”^[11]笔者赞同这样的观点,该观点就是以客观的态度看待传统刑法理论。因此,本文认为,首先要把“风险社会理论”和“风险刑法观”区别开来,风险社会的存在以及不断地以新的形式发展是不可否认的事实,且值得我们研究和严肃对待。然而,风险社会和刑法理论的关系以及二者关联的“度”,则不是一个简单的“风险刑法观”就可以得到说清楚的。因此,本文的观点是:风险社会的现实需要刑法作出适当调整,而调整的结果归根到底还是要回归刑法固有的基本原则和基本理论,实现刑法应有的功能,而不是一味迎合,丢掉了本源。因此,本文赞同风险社会下增加过失犯罪的观点,但不认为这是所谓的“风险刑法观”。

首先,从本文论述的食品安全犯罪看,就该罪的现状来说,目前,我国的食品安全犯罪多数并不是由科技手段引起的,主要还是人为原因所致,可以说属于风险社会中“人为风险”的部分,因此完全是可以控制的。而前文已经论述,增加过失犯罪对遏制和惩处食品安全犯罪是有利的,但是目前并不需要适用“危惧感说”,会盲目扩大处罚范围。此外,食品安全的管理是多方位、多部门共同的任务,而不能将刑法放在第一位,这有悖于刑法谦抑性原则。其次,除了食品安全这类公害,风险社会下对于医疗行业、社会公共危机、公共环境等犯罪中适度增加危险犯是可行的。“随着风险的日益增长和人对安全机制需求的持久渴望,过失行为和结果的新类型肯定仍然呈现出快速增长的趋势,过失犯也会增加”。^[12]再者,风险社会包括人为带来的风险和科技带来的风险,而就目前我国现状看,仍是以人为的风险为主,那么相较于科技的不可测性,人为风险是可以干预和加以控制的,除了行政管制和相关政策,刑事立法增加主观过失犯罪,能够对保护法益和维护社会稳定能够提供强大的法律支撑。并且,也可以驳斥“危惧感说”提出的风险社会高风险、难以把控的主张。

风险社会理论带来各种学说的辩论和争执实际上对传统刑法理论的维护或者是质疑,但无论辩论多么激烈,有一点是毋庸置疑的,那就是,刑法理论的进步,社会的发展需要这样的辩论。正如学者所言:“面对风险刑法的挑战,如何运用传统刑法论的观点对其进行回应,是在刑法论检讨中所应当探讨的重大命题。”^[13]社会的不断发展使得新的理论和学说不断被提出,旧的理论得到发展和完善,刑法理论同样如此,当面对新的理论,我们对待传统刑法理论需要保持一个客观、中立的态度,它不是“别人家的孩子”,完美无缺,也不是“自己家的孩子”,缺点多多。也正如一些学者面对各种新理论进行的对传统刑法观、刑法基本原则、刑法规范的反思,例如罪刑法定原则,刑法谦抑性,刑法的功能性等。因此,有时候,当面对新问题时,能够客观看待,最终回归刑法的本质问题,将会更有利于我们解答疑惑。

参考文献

- [1]毛乃纯.论食品安全犯罪中的过失问题—以公害犯罪理论为根基[J].中国人民公安大学学报,2010(4).
- [2]陈兴良.过失犯的法理展开[J].华东政法大学学报,2012(4).
- [3][日]大谷实.刑法总论[M].黎宏译,法律出版社 2003:150.
- [4]龙在飞、梁宏辉.风险社会视角下食品安全犯罪的立法缺憾与完善[J].经济与法制,2012(1).
- [5]刘红、张淑亚.风险理论视阈下食品安全犯罪罪过形式探析[J].山东青年政治学院学报,2012(6).
- [6]杜杨.食品安全犯罪罪过形式探析—以风险社会为视角[J].安徽警官职业学院学报,2014(6).
- [7][日]藤木英雄.公害犯罪[M].丛选功等译,中国政法大学出版社,1992:62.
- [8][日]大谷实.刑法总论[M].黎宏译,法律出版社,2003:150.
- [9]毛乃纯.论食品安全犯罪中的过失问题—以公害犯罪理论为根基[J].中国人民公安大学学报,2010(4).

- [10]张明楷. 外国刑法纲要[M]. 清华大学出版社, 2007:241.
- [11] 孙道萃. 风险社会视域下的风险刑法理论辨析[J]. 中山大学法律评论第 10 卷·第 1 辑:293 — 312.
- [12]孙道萃. 风险社会视域下的风险刑法理论辨析[J]. 中山大学法律评论第 10 卷·第 1 辑:293 — 312.
- [13]魏东、何为. 风险刑法理论检讨[J]. 刑法解释原理与实证问题研究课题.

(责任编辑: 李伟)

规范分析视野下干细胞制剂的法律地位研究

曹越*

【摘要】以干细胞技术为代表的再生医学发展迅猛，这类新型医学技术成果与法学领域产生交叉，参与到一定的法律关系之中。而干细胞治疗及干细胞制剂的法律地位却并不明晰，对实施有效监管形成阻碍，应当运用规范分析方法将干细胞制剂评价为法律调整的某一对象，即从价值实证、社会实证及规范实证三方面出发，从法律规范的字面含义、规范的实际运行效果以及概念法学中的“外部体系”理论中探寻干细胞制剂的法律地位，最终得出干细胞制剂是一种特殊的“物”，具体为一种特殊的“药品”这一结论。

【关键词】 干细胞治疗 干细胞制剂 规范分析 法律地位

一、问题的提出

近年来，干细胞技术的不断发展为医学事业作出了巨大贡献，除了常见的用于治疗血液系统疾病的造血干细胞移植技术以外，诱导性多能干细胞及转分化技术也日益成熟，这些成果都使得干细胞研究成为了医学研究的前沿话题。研究人员夜以继日地不断试验，加之国家政策的大力支持，干细胞产业正以突飞猛进之势向前发展。但是“干细胞制剂”这一医学词汇应以怎样的身份进入法律规范分析的视野中呢？即如何从规范分析的角度对其法律属性进行界定？

目前，法学界尚无学者从规范分析的视角探讨干细胞制剂的相关问题，医学界对干细胞制剂的讨论大多集中于质量属性层面，比如从制剂的制备和质量控制着手，强调构建和完善干细胞标准化评估体系的重要性。对干细胞治疗及干细胞制剂法律地位的讨论也散见于各类报纸的报道中，未形成统一明确的观点。而干细胞制剂的定性问题是讨论监管问题的基础，若要建立与干细胞相配套的监管规范，首先应当明确监管对象——干细胞制剂的法律属性，而不是略过这一前提直接构建监管规范的“空中楼阁”。因此，本文采取规范分析的方法，将“干细胞制剂”这一医学概念评价为法律调整的某一对象，使其法律地位得以明晰。但是干细胞制剂并非法学理论创造出的词汇，其与现行法律规范的关系也并非如齿轮般相互契合，所以本文将突出制剂自身的特点，以重点论述其在监管层面上的特殊性，从而明晰干细胞制剂的法律地位。

* 曹越：上海政法学院2016级法律硕士（法学）专业研究生。

二、争议及解决方法

(一) “药品” 还是特殊的 “生物制品” ？

干细胞即起源细胞，是一类具有自我更新、无限增殖和分化潜能的细胞。^①它存在于早期胚胎、骨髓、脐带、胎盘和部分成人细胞中，^②由于能够衍生出人体的某些组织及器官，所以也被称为“生命的种子”。正是由于干细胞具有强大的功能，干细胞治疗一跃成为再生医学领域一颗冉冉升起的“新星”，但是就干细胞治疗的定性问题却莫衷一是，政府相关部门每出台一项规范性法律文件，对这一问题所表达的立场均不相同，详情见下表：

| 文件名称 | 颁布时间 | 干细胞治疗的定性 |
|--------------------------------------|--------------------|----------------------------------|
| 《人体细胞治疗研究和制剂质量控制技术指导原则》 ^③ | 2003 年 3 月 20 日 | 作为药品进行监管 |
| 《医疗技术临床应用管理办法》 ^④ | 2009 年 3 月 2 日 | 自体干细胞技术被列为第三类医疗技术，而异种干细胞治疗技术未被列入 |
| 《干细胞临床研究管理办法（试行）》 ^⑤ | 2015 年 7 月 20 日 | 规定干细胞治疗相关技术不再按照第三类医疗技术管理 |

由上述表格可知，不论法律规范的制定者将干细胞治疗归为医疗技术还是药品，其本质都是从其监管属性出发，从而为其寻求最合适且有效的监管体系。相关医学专家也曾一针见血地指出，“技术”或“药品”的争论并不是针对干细胞治疗的名称来说的，而是监管部门究竟采用怎样的管理体系。^⑥就理论技术层面而言，干细胞治疗的临床应用始于 1968 年世界上第一例骨髓移植术，其有效成分是造血干细胞^⑦，相关报道也指出，“这种移植术没有对造血干细胞做过多的体外处理，也没有改变细胞的生物学数量，只是使造血干细胞发生位置上的改变，与普通的器官移植手术相似，因此将其称为‘技术’。而就目前干细胞治疗的现状来说，最低端的干细胞也会逐步进行体外处理，也就是体外操作，包括干细胞在体外的分离、纯化、培养、扩增、诱导分化、冻存及复苏等，同时还要经过规模化加工，如分装、储存等，所以还是应当将干细胞治疗认定为产品或者制品。”^⑧

以上观点均是从理论技术层面进行分析，若从已有的实践经验角度看，技术监管体系在提高干细胞治疗的技术应用水平方面确实起到了举足轻重的作用，^⑨但是从《医疗技术临床

① 向静：《人类干细胞研究的法律规制与医学实践》，群众出版社 2016 年版，第 3 页。

② 肖守斌：《干细胞技术相关问题与市场前景》，《湖南科技学院学报》2008 年第 12 期。

③ 国家药品监督管理局：《人体细胞治疗研究和制剂质量控制技术指导原则》，国药监注〔2003〕109 号。

④ 卫生部：《卫生部关于印发医疗技术临床应用管理办法的通知》，卫医政发〔2009〕18 号。

⑤ 国家卫生和计划生育委员会、国家食品药品监督管理总局：《国家卫生和计划生育委员会、国家食品药品监督管理总局关于印发干细胞临床研究管理办法（试行）》，国卫科教发〔2015〕48 号。

⑥ 参见胡睿：《干细胞品种审评审批新规一步之遥》，《医药经济报》2015 年 1 月 5 日第 001 版。

⑦ 魏国安：《干细胞临床应用与商业化发展成行业关注点》，《中国高新技术产业导报》2015 年 3 月 23 日第 006 版。

⑧ 参见胡睿：《干细胞产品审评储备第三方力量》，《医药经济报》2016 年 6 月 24 日第 002 版。

⑨ 参见赵宇：《药品？技术？细胞治疗产品的真实身份》，《中国战略新兴产业》2014 年第 1 期。

应用管理办法》对“医疗技术”的定义及相关规定上看^①，其更强调操作性，而未对治疗效果提出明确要求，这一特点恰恰成为干细胞治疗面临的监管困境之一。干细胞治疗的原理本就是利用这一“活细胞”具有的独特功能以达到治疗效果，所以干细胞本身的质量是影响疗效的关键因素，而其间技术人员的操作行为、相应的设备和设施等因素均是次要的，虽然过程中包含着大量的技术操作性工作，但是最后发挥治疗效应的却是经过培养处理的细胞，治疗的效果很大程度上取决于细胞的质量。所以，单一的技术监管体系在干细胞治疗这一特殊治疗手段面前也稍显不足。^②而药品监管体系对生产工艺、质量控制等方面规定严格，因为细胞的质量与治疗的效果密切相关，所以将干细胞治疗作为药品予以管理，可以更好地把握监管工作的重点。

不得不承认的是，干细胞被公认为医药史上最为复杂的治疗性产品，它与化学药、抗生素、蛋白质药物等化学成分明确的分子药物研发理念和规律还是存在很大不同^③，实践中监管者和研发者也曾陷入两难的境地：仅以药监局抽检这一环节为例，根据是否符合既定的质量标准可以认定药品合格与否，而对于以个体化治疗为特点的干细胞制剂来说，抽检出的每份数据可能都是独特的，没有可以进行比对的参考数据，除了检查制剂是否被污染以外，得不出其他更有意义的结论；这同样也是摆在干细胞研发团队面前的难题，北京军事医学科学院的干细胞研究人员曾在访谈中表示，目前几乎还没有一个通用的干细胞产品能够运用到各种各样的疾病或者人体，但是实践中依然是按照药品来管理，所以每一个指标要去中检所制定一个标准，每一个指标要去中检所复核，每一批产品要去检验^④，如此繁琐的流程必然不利于干细胞制剂的研发工作。于是有人提出不再将干细胞制剂作为药品管理，而将其视为特殊的生物制品，究其根本，还是法律逻辑和生物学特性之间的矛盾。干细胞制剂是用于人体治疗的，它与药品、血液、医疗器械等医疗资源一样参与到一定的法律关系之中，其理应在法律规范的框架之下具有固定的、相对静态的法律属性，但是干细胞制剂是以活细胞的形式进入人体的，可以说它具有生物学意义上的“生命”，所以，它难以完美地“嵌入”法学理论创造出的无“生命”意义的法律关系客体这一范畴之中，在法律运行的过程中必然有摩擦，这就需要我们运用规范分析的方法，从现行的法律规范出发，探求干细胞制剂的法律地位。

（二）解决方法

规范分析是法学方法论的一种，其往往与实证分析相伴出现，二者是相互对立又相互补充的一组方法论。实证分析解决“是什么”的问题，而“应该是什么”的问题则交由规范分析来处理，二者存在事实与价值判断上的对立关系；当我们通过各种途径掌握了某一事物在事实层面上“是什么”，紧接着便会意图从中寻求实现自身目标的路径，所以二者也是相互补充，可以适当融合的。因此笔者赞同谢晖教授在《论规范分析方法》一文中提出的观点，

① 《医疗技术临床应用管理办法》第二条规定，“本办法所称医疗技术，是指医疗机构及其医务人员以诊断和治疗疾病为目的，对疾病作出判断和消除疾病、缓解病情、减轻痛苦、改善功能、延长生命、帮助患者恢复健康而采取的诊断、治疗措施。”第四条规定，“医疗技术临床应用应当遵循科学、安全、规范、有效、经济、符合伦理的原则。医疗机构开展医疗技术应当与其功能任务相适应，具有符合资质的专业技术人员、相应的设备、设施和质量控制体系，并遵守技术管理规范。”

② 前引⑧，参加赵宇，《药品？技术？细胞治疗产品的真实身份》。

③ 张磊：《干细胞创新如何跨越“死亡之谷”》，《中国医药生物技术》2015年第5期。

④ 陈海丹：《干细胞转化研究的治理——一种基于案例研究的分析》，浙江大学博士学位论文。

即规范分析方法包括价值实证、社会实证和规范实证三种方法^①，下文也将从这三个方面对干细胞制剂的法律地位展开讨论。

三、规范分析视野下干细胞制剂的法律地位

(一) 价值实证分析：从现行法律规范入手

1. 干细胞制剂的定性：以专属规范为依据

法律自身存在着价值追求和价值表达，对立法中的价值辩驳、法律中的价值内容，需要价值实证予以归纳、总结和梳理^②。我国干细胞临床应用研究起步较早，20 世纪 60 年代就开始了骨髓移植研究^③，但是配套的法律法规却一直缺位。直到 2015 年 8 月，国家卫计委和食品药品监督管理总局联合发布《干细胞临床研究管理办法（试行）》^④（以下简称《管理办法》）、《干细胞制剂质量控制及临床前研究指导原则（试行）》^⑤，2016 年 10 月中国医药生物技术协会发布了《干细胞制剂制备质量管理自律规范》^⑥（以下简称《自律规范》），使得干细胞研究终于有了完全对口的专属规范。因此，为探寻干细胞制剂在现行法律规范下的地位，应优先分析此类规范。

仔细阅读上述规范后笔者发现，作为规章发布者的国家卫计委和国家食品药品监管总局具有将干细胞制剂视为药品的价值追求，理由如下：第一，在技术的宏观层面上，要求干细胞临床试验研究必须按照药物研发规律推进，一般按照药品临床试验 I 期、II 期、III 期的原则次序逐步进行^⑦，并且明确干细胞临床研究应当符合《药物临床试验质量管理规范》^⑧的要求。因为任何领域的法律法规都有自己独特的体系，对于某一新兴问题的出现，若以体系内现有的规范即可解决，则无需另行创设新的规范。显然，干细胞规范的制定者认为，干细胞临床研究与药物临床试验在程序上并无二致，均需分期、有次序地进行，因此直接套用药物临床试验的行为准则即可；第二，细化到微观层面，干细胞制剂的制备应当符合《药品生产质量管理规范》^⑨（GMP）的基本原则和相关要求，说明制定者要求干细胞制剂需同药物一样接受质量、安全性、生物学有效性和稳定性的检测；第三，从监管主体上，规定由国家卫生计生委与国家食品药品监管总局共同负责宏观监管，由省级卫生计生行政部门与省级食品药品监管部门负责日常监督管理^⑩，这一规定说明干细胞制剂与药物具有相似的监管属性；第

① 谢晖：《论规范分析方法》，《中国法学》2009 年第 2 期。

② 前引④，谢晖，《论规范分析方法》。

③ 前引②，张磊，《干细胞创新如何跨越“死亡之谷”》。

④ 国家卫生和计划生育委员会、国家食品药品监管总局：《国家卫生和计划生育委员会、国家食品药品监管总局关于印发干细胞临床研究管理办法（试行）的通知》，国卫科教发〔2015〕48 号。

⑤ 国家卫生和计划生育委员会、国家食品药品监管总局：《国家卫生和计划生育委员会、国家食品药品监管总局关于印发干细胞制剂质量控制及临床前研究指导原则（试行）的通知》，国卫科教发〔2015〕46 号。

⑥ 中国医药生物技术协会：《关于发布干细胞制剂制备质量管理自律规范的公告》，中生协字〔2016〕039 号。

⑦ 国家食品药品监管总局办公厅、国家卫生和计划生育委员会办公厅：《关于征求干细胞临床研究管理办法（试行）等文件意见的函》，卫办科教函〔2013〕171 号。

⑧ 国家药品监督管理局：《药物临床试验质量管理规范》，局令第 3 号。

⑨ 中华人民共和国卫生部：《药品生产质量管理规范》（2010 年修订），卫生部令第 79 号。

⑩ 《干细胞临床研究管理办法》第五条规定，“国家卫生计生委与国家食品药品监管总局负责干细胞临床

四,《管理办法》第一条首先明确,该规范是以《中华人民共和国药品管理法》为依据制定的,并且就违反规定的不利后果来说,该规范第五十二条规定,“未经干细胞临床研究备案擅自开展干细胞临床研究,以及违反规定直接进入临床应用的机构和人员,按《中华人民共和国药品管理法》和《医疗机构管理条例》等法律法规处理。”可见干细胞制剂需受《药品管理法》的拘束。

综上,为干细胞制剂“量身定做”的法律规范,均表明了立法者意将干细胞制剂视为药物进行管理的价值理念和价值追求。那么,我们从药物相关的规范中是否也可以解读出这种价值呢?

2. 干细胞制剂处于“药品”这一语义的射程之内?

最早对“药品”这一概念作出法律界定的,是1984年颁布的《中华人民共和国药品管理法^①》(以下简称原法),2001年修订的《中华人民共和国药品管理法^②》(以下简称新法)对“药品”的含义作了细微改动,但是改动对分析干细胞制剂的性质无实质影响^③。值得探讨的是,这一定义明确列举的药品种类中并未出现“干细胞制剂”,那么我们可否通过法律解释的方法将其归入“等”字所代表的外延范围呢?首先需要判断干细胞制剂是否具有药品的内涵,《自律规范》中对干细胞制剂作了定义^④,并且规定了制剂的标识内容^⑤,显然其符合药品的内涵——其以治疗为目的,标识中也规定了制剂的规格、细胞数量、使用方式则相当于规定了用法和用量。其次则是判断其可否与列举出的几种药品构成并列关系,干细胞制剂作为细胞制剂自然属于生物制品的范畴,而药品外延中列举的“血清、疫苗、血液制品”均属于生物制品,因此干细胞制剂在性质上完全可以与其并列。因此,干细胞制剂是处于“药品”这一语义的射程之内的,故可以运用扩大解释的技巧将其纳入药品的定义之中。同时,我们可以运用目的解释方法对解释结论进行论证:立法者制定《药品管理法》的目的

研究政策制定和宏观管理,组织制定和发布干细胞临床研究相关规定、技术指南和规范,协调督导、检查机构干细胞制剂和临床研究管理体制机制建设和风险管控措施,促进干细胞临床研究健康、有序发展;共同组建干细胞临床研究专家委员会和伦理专家委员会,为干细胞临床研究规范管理提供技术支撑和伦理指导。省级卫生计生行政部门与省级食品药品监管部门负责行政区域内干细胞临床研究的日常监督管理,对机构干细胞制剂和临床研究质量以及风险管控情况进行检查,发现问题和存在风险时及时督促机构采取有效处理措施,根据工作需要共同组建干细胞临床研究专家委员会和伦理专家委员会。”

① 全国人民代表大会常务委员会:《中华人民共和国药品管理法》,主席令第18号。

② 全国人民代表大会常务委员会:《中华人民共和国药品管理法》,主席令第45号。

③ 原法第五十七条,该条规定:“药品,是指用于预防、治疗、诊断人的疾病,有目的地调节人的生理机能并规定有适应症、用法和用量的物质,包括中药材、中药饮片、中成药、化学原料药及其制剂、抗生素、生化药品、放射性药品、血清疫苗、血液制品和诊断药品等。”,新法则修改为:“药品,是指用于预防、治疗、诊断人的疾病,有目的地调节人的生理机能并规定有适应症或者功能主治、用法和用量的物质,包括中药材、中药饮片、中成药、化学原料药及其制剂、抗生素、生化药品、放射性药品、血清、疫苗、血液制品和诊断药品等。”两种表述的区别仅仅是在新法中增加了“功能主治”这个中医药概念这是因为原法药品概念的含义中只有现代医学的“适应症”概念,而传统医学在表达药品功能疗效方面的习惯用语是“功能主治”而不是“适应症”。原法没有体现我国同步发展传统药和现代药的基本方针,有人认为存在歧视传统药之嫌。因此,在新法中作了补充完善。详情见谢志洁:《试析药品概念的法律含义》,《广东药学》2002年第4期。

④ 《自律规范》第二条规定,“干细胞制剂是指用于治疗疾病或改善健康状况的、以不同类型干细胞为主要成分、符合相应质量及安全标准,且具有明确生物学效应的细胞制剂。”

⑤ 《自律规范》第七十二条规定,“干细胞制剂编码与标识应由采集物的唯一捐献码和制剂识别码及状态标识信息等组成。干细胞制剂标识内容至少应包含以下信息:干细胞制剂唯一性字母或数字识别码、干细胞制剂名称、属性(自体使用或异体使用)、规格、细胞数量、使用方式、制备机构及联系方式、制备日期及时间、失效日期及时间、贮存温度等环境要求、生物危害标识以及其他特殊描述说明(如适用)等。”

是维护药品市场秩序和保障消费者身体健康等权益,若将“药品”这一概念解释得过窄,则会为不法商家留出违法犯罪的空隙,比如名义上采用“健用字”、“食字”等字样,但是暗地里做的确是仿药食品保健品,企图蒙混普通民众并从中获利,^①曾经的“干细胞乱象”就是最好的例证,由于干细胞治疗的性质未明,干细胞制剂也未被视为“药品”进行有效管理,导致国内外众多消费者维权无门。制定《药品管理法》的立法者若处于干细胞治疗技术飞速发展的今天,出于规范干细胞领域的管理秩序和维护消费者权益等目的,也一定会具有将干细胞制剂纳入“药品”含义之中以实施严格监管的价值追求。

(二) 社会实证分析

社会实证关注的是法律的调整与效果问题,它是规范分析方法中的事实之维。法律预期的逻辑秩序必然会转化为有效的实践秩序(即法律的规范事实转化为法律的社会事实),而社会实证不但可以发现由法律的逻辑秩序向实践秩序转化的一般进程,而且可以发现法律运行中的问题^②。笔者拟从现行规范的实际运行效果出发,探寻干细胞制剂在实践中的法律地位。

尽管尚无规范明确界定干细胞制剂的法律地位,但是通过上文的价值实证分析方法,我们已明确了立法者具有将干细胞制剂视为药物的价值理念,那么与之对应的实践中操作者的价值取向又是怎样的呢?实际上,卫计委等其他相关机构以及医学研究者已将其视为药品,包括观念和实际操作两个方面:观念上,卫计委在关于政协十二届全国委员会第四次会议第 2998 号(医疗体育类 340 号)、第 3589 号(医疗体育类 361 号)两份提案答复的函中分别表示,“干细胞技术虽然以个体化治疗为主,但干细胞制剂制备和使用需要有严格的质量控制,干细胞制剂本质属于药品”,“我委同意您提出的关于‘借鉴发达国家的治理经验与成果,干细胞治疗和免疫细胞治疗应该按特殊药品,由食品药品监督管理总局对其进行监督管理’的方向与目标性建议。鉴于干细胞的特殊性,目前仍由两部门共同监管。”^③同时医学实践中也逐渐出现了“干细胞药物”这一概念,《神经退行性或损伤性疾病防治的新观点——干细胞药物》一文中阐释了其含义和范围^④,实践中治疗性干细胞产品也逐渐等同于干细胞药物,即部分干细胞制剂已经与药物发生混同,《学习新版〈药品生产质量管理规范〉强化体细胞治疗的质控》一文更是直截了当地指出,干细胞制剂的制备同制药无本质区别。^⑤更为重要的是,国家食品药品监督管理总局官网于 2017 年 12 月 18 日更新了关于发布细胞治疗产品研

① 参见李长平:《“药品”含义的再商榷》,《中国医药报》2008 年 8 月 9 日第 4 版。

② 前引④,谢晖,《论规范分析方法》。

③ 中华人民共和国卫生和计划生育委员会:《关于政协十二届全国委员会第四次会议第 2998 号(医疗体育类 340 号)提案答复的函(摘要)》、《关于政协十二届全国委员会第四次会议第 3589 号(医疗体育类 361 号)提案答复的函(摘要)》,载 <http://so.nhfp.gov.cn/>。

④ 干细胞药物是指可以通过调节生物体内干细胞的增殖与分化,来防治由于细胞缺失或损伤而引起疾病的一类治疗和预防药物,从广义上讲,干细胞药物涉及所有可用于防治疾病的物质,还包括以重组蛋白质、细胞因子、治疗性抗体为主的基因工程药物等;也包括细胞移植所用的干细胞、前体细胞、功能细胞等。由于移植治疗所用的细胞作为一种治疗方法的产品,其审批也归属于各个国家食品药品监督管理部门,因此目前所称的干细胞药物,实为移植用细胞产品。详情见韩梅、张文生等:《神经退行性或损伤性疾病防治的新视点——干细胞药物》,《中国药理学通报》2008 年第 24 期。

⑤ 干细胞制剂的制备需要在体外进行细胞培养,就要使用培养基、细胞因子等,需要 GMP 车间,需要有标准操作程序和产品的质控。详情见张叔人:《学习新版〈药品生产质量管理规范〉强化体细胞治疗的质控》,《中国肿瘤临床》2012 年第 9 期。

究与评价技术指导原则的通告^①，颁布的《细胞治疗产品研究与评价技术指导原则（试行）》明确了细胞治疗产品将按“新药”进行申报管理，这成为了我国干细胞治疗行业发展的转折点，为我国干细胞治疗产品的上市审批指明了道路，其中与细胞治疗临床试验设计以及临床试验数据的相关指导，将极大减少干细胞治疗产品临床试验所需的时间，加速干细胞治疗产品进入市场的过程^②。而制剂的审批和监管工作也是由国家卫计委和食品药品监督管理局共同负责，由此可以得出一个结论——干细胞制剂在实践中被视为药物，但却是一种特殊药物。

由法律预期的逻辑秩序向实践秩序过渡的过程中，二者难免会有矛盾和冲突，具体到干细胞领域，冲突的矛头均指向干细胞制剂的特殊性。为展现清晰的说明思路，将药品与干细胞制剂的不同点归纳为下图 1，使干细胞制剂的特殊性得以直观化。

图 1 药品与干细胞制剂的不同点

| | 药品 | 干细胞制剂 |
|---------|------------|-----------------------|
| 原料来源 | 单一且非来自人体 | 来自千差万别的人体，均一性差 |
| 适用范围 | 广泛 | 特定的个人或多数人 |
| 研发规律 | 药物代谢规律 | 独特的生物学特性使其不符合一般药物代谢规律 |
| 效用发挥透明度 | 透明，可监测药效发挥 | 不透明，处于“黑箱”状态 |
| 稳定性 | 强 | 差 |

（三）规范实证分析

规范实证分析的本质是权利与义务分析方法，它是规范分析方法中的技术之维。法律是人类知识的结晶，而不是反知识的随心所欲、为所欲为，这一知识属性决定了对法律的规范实证可以在两个意义上展开：第一种意义是寻求法律规范的字面意义以及字面意义背后可能存在的隐含意义；第二种对法律的规范实证，是在第一种规范实证的基础之上，在法律知识的既有基础上，对法律进行精深加工，提升法律的规范命题，创造法律知识的学术基础和概念根据^③。因此，笔者也将采取“两步走”的策略，从两个层面对干细胞制剂的法律地位进行分析。

笔者审视干细胞领域已颁布的规范后发现，规范仅仅明确了干细胞制剂作为新型生物治疗产品的属性，而未细化至具体类别。但是前文中笔者已通过扩大解释的方法将其纳入药品的外延范围，并且利用目的解释进行论证，最终得出结论——立法者具有使干细胞制剂获得药品的法律地位的价值追求。但是干细胞领域的发展日新月异，仅依靠法律解释对干细胞制剂的属性进行认定已无法满足再生医学发展的需要，因此，我们应当将视线转向第二个层面的规范实证分析，即运用概念法学中独具特色的“外部的”体系这一理论进行细致分析。

近现代民法抛弃了以人为客体的野蛮观念，将人确立为权利主体^④，干细胞制剂作为一种物体显然不是民法中的权利主体。作为权利客体的“物”，是指“除人之身体之外，凡能

①国家食品药品监督管理总局：《总局关于发布细胞治疗产品研究与评价技术指导原则的通告》，食品药品监管总局通告 2017 年第 216 号。

②博雅干细胞库：《干细胞治疗正向我们走来 2018 年千亿市场待爆发》，载 http://k.sina.com.cn/article_3053403605_b5ff3dd5001002iw2.html。

③前引④，谢晖，《论规范分析方法》。

④申卫星：《论遗体在民法教义学体系中的地位——兼谈民法总则相关条文的立法建议》，《法学家》2016 年第 6 期。

为人类所支配，独立满足人类社会需要的有体物及自然力”^①，从这个定义的角度来看，干细胞制剂由研究人员制备和使用，以有体物的形式存在，并且其具有治疗疾病或改善健康状况的医学价值，因此干细胞制剂作为“物”在民法中处于权利客体的地位。但是与普通物不同的是，干细胞制剂是以活细胞为主要成分，而干细胞来自人体，带有一定的人格因素。德国学者鲍尔/施蒂尔纳所著《德国物权法》一书中，引用陶皮茨载于《新法学周刊》中观点：“根据《联邦最高法院民事判例集》第 124 卷第 54 页之判决，仅仅在这些被取出的部分，是为了保持被取出人身体运行功能或是为了将来再植入其身体内时，才被继续视为受保护之‘身体’，不是物。”^②从这个意义上说，干细胞制剂并非全部属于“物”这个范畴，因为干细胞治疗包括自体干细胞治疗和异体干细胞治疗两种类型，前者指采用患者自身的干细胞进行治疗，后者则与之不同，患者本身因存在某些原因而无法提供或无法足量提供治疗所需的干细胞，而由他人作为干细胞的来源者进行的治疗。^③因此，自体干细胞仍属于被取出人身体的一部分，无法进入“物”的范畴，而异体干细胞则完全脱离人身，属于“物”，如此一来自体干细胞之上无法成立所有权，这会引发诸多问题，比如自体干细胞制剂遭人侵夺，患者本人依据什么请求返还？而异体干细胞作为“物”又归何人所有？干细胞提供者？医疗机构？还是受治者？我们似乎将问题复杂化了，笔者认为，应采取一种折中的方式，首先肯定干细胞制剂的客观物质属性，将其纳入“物”的范畴，其次应指出其属于一种特殊“物”，即肯定其具有一定的人格因素。在前一个层面上，自体干细胞制剂的所有权人自然是患者本人，而异体干细胞制剂的所有权人则因阶段不同而有所变化，干细胞从提供者身体中取出制成制剂后，便归医疗机构所有，当其与接受治疗的患者签订完成相关协议时，所有权转移至受治者；在后一层面上，我们必须尊重干细胞所带有人格因素，从而对某些权利的行使予以限制，比如医疗机构和接受异体干细胞治疗的患者均不能滥用所有权，因为干细胞含有提供者的基因信息，为保证提供者的隐私权不受侵害，权利所有者应在符合伦理要求的前提下合理行使相关权利，对于未使用或使用后剩余的干细胞制剂均应严格按照法律规定和伦理要求予以处置。

综上，笔者借用谢晖教授提出的规范分析方法对干细胞制剂的法律地位进行探究，最终得出结论——干细胞制剂是一种特殊的“物”，具体而言是一种特殊的“药品”，其被纳入药品监管体系具有合理性和必要性。

结 语

干细胞具有自我更新和分化潜能，被誉为“生命的种子”。干细胞治疗因其自身的特殊性而与技术监管体系有所冲突，将其纳入药品管理体系成为大势所趋，而干细胞制剂是以活细胞为形式的产品，其与传统的药品亦存在差别。通过探究相关法律规范的字面含义，我们可以运用法律解释的方法将干细胞制剂纳入“药品”的外延范围，又通过分析规范运行的实际效果，发现实践中已将干细胞制剂作为药品予以管理，最终利用概念法学中的“外部体系”得出结论，即干细胞制剂为一种特殊的“物”。明晰干细胞制剂的法律地位意在为监管工作打下基础，促使相关法律规范及时到位，使医学领域的发展成果得为人类所共享。

①王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社 2009 年版，第 168 页。。

②[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），申卫星、王洪亮译，法律出版社 2004 年版，第 22 页。

③参见王朝选：《干细胞研究成果不断 治疗产品困局待解》，《中国高新技术产业导报》2009 年 8 月 17 日第 D06 版。

参考文献

- [1]裴雪涛,再生医学:理论与技术[M],北京:科学出版社,2010.
- [2]向静,人类干细胞研究的法律规制与医学实践[M],北京:群众出版社,2016.
- [3]袁宝珠,干细胞的“法规—监管—指导原则”体系[J],生命科学,2016(8).
- [4]张磊,干细胞创新如何跨越“死亡之谷”[J],中国医药生物技术,2015(5).
- [5]谢晖,论规范分析方法[J],中国法学,2009(2).
- [6]宋征、马璟,干细胞制剂临床前安全评价方法[J],中国新药杂志,2013(22).
- [7]杨荣华等,干细胞再生生物学研究悖论及相关法律问题探讨[J],卫生法学,2016(7).
- [8]胡睿,干细胞品种审评审批新规一步之遥[N],医药经济报,2015(1).
- [9]谭篆丽,干细胞研究与应用的伦理思考[D],2013年,天津医科大学学位论文.
- [10]陈海丹,干细胞转化研究的治理——一种基于案例研究的分析[D],2009年,浙江大学学位论文.

(责任编辑: 耿碧莹)

从国际法角度分析乌克兰问题

李前峰*

【摘要】 2008 年世界经济危机扫荡了一些经济脆弱的国家，2013 年乌克兰亚努科维奇政府宣布暂缓加入欧盟的法令，2014 年反对派发动了游行示威，极端民族主义分子在美国以及雇佣兵的帮助下，游行示威演变成大规模骚乱，导致乌克兰失控，亚努科维奇出走俄罗斯寻求政治避难，亲美的反对派接管政府，组建亚采纽克为首的临时政府。然而在亲俄的乌克兰东部地区以及克里米亚发生了反对临时政府的大规模游行示威，在大国的角力下，引发克里米亚公投入俄，乌克兰东部武装与临时政府的军队发生激战。各方僵持不下，乱象丛生。本文立足国际法角度，试图分析乌克兰内乱。主要从乌克兰现政府是否违宪是否符合人民主权原则国家主权原则，乌克兰东部武装的自卫权，克里米亚全民公投的合法性以及民族自决是否成立，这三个视角分析乌克兰问题。

【关键词】 人民主权 自卫权 全民公投 民族自决

引言

在经济全球化的今天，各国经济越来越紧密的联系在一起，而政治上是一超多强，霸权主义强权政治依然存在，乌克兰内乱离不开北约东扩，欧盟经济一体化的发展，乌克兰本是苏联重要的加盟共和国，更是苏联时代的重工业基地，同时乌克兰有世界上最好最肥沃的黑土地，是重要的粮食出口国^①，同时在乌克兰东部的顿巴斯地区有世界级的大型天然气田和煤田，敖德萨港口是黑海第一大港口。克里米亚战略位置重要，历史上发生过多次数著名的争夺战，然而自苏联解体以来，乌克兰并没有抓住时机发展经济，国内政治动乱，期间多是亲俄政府，虽然继承了苏联的大量武器装备，甚至有核武器和航母，但是乌克兰国内经济无法支撑那么多装备，放弃核武器换取俄罗斯美国的援助，同时联合国常任理事国中国承诺为其提供核保护。然而，随着俄罗斯的进一步衰落，乌克兰西部地区的乌克兰族民族主义情绪高涨，希望加入欧盟和北约，来进一步发展本国经济和安全，但是乌克兰东部地区以及克里米亚的主体民族是俄罗斯族，乌克兰重要的资源以及经济体基本上都被俄罗斯族后裔控制着，随着 08 年经济危机的进一步酝酿，以及欧盟和北约的扩张，俄罗斯的衰落，乌克兰民族主义分子开始躁动，引起了现在复杂多变，险象环生的乌克兰内乱。本文主要从国际法角度来分析乌克兰问题。

一、乌克兰目前存在哪些问题及其历史渊源

乌克兰发生内战，有大国的角力也有其民族内部的矛盾，之所以发生内战是各种因素相

* 李前峰：上海政法学院 2016 级宪法学与行政法学专业研究生。

① 国家地理编委会编《国家地理》，世界卷，北京：蓝天出版社，2009 年版。

互作用的结果,从从体上说乌克兰发生内乱主要有三大因素造成的,克里米亚的分离势力要求进行全民公投民族自决并入俄罗斯,乌克兰东部俄裔分离势力要求获得更多的自治权以及谋求在现政府中更多的权利,乌克兰族民族主义势力的抬头要求加入欧盟和北约来换取更多的经济利益。这些问题不是突然就有的,经过时间的酝酿以及大国势力的衰退,以及国际情势,压抑着,在某一天终于得到了大爆发,于是就有了现在乱象丛生的乌克兰迷局。从第一次世界大战的坦能堡会战,沙俄帝国的大崩溃^①,使得乌克兰得到新生,1917年十月革命的爆发,苏俄的领导人列宁鉴于巴尔干民族纠纷引起的第一次世界大战,吸取教训,同意让民族国家产生以加盟共和国的身份加入苏联,由此乌克兰成为苏俄的加盟共和国,参与了苏联的建立。在苏联的早期,由于缺乏社会建设经验以及天灾人祸使乌克兰发生了恐怖的大饥荒,大量的乌克兰族精英死于那场大饥荒在众多乌克兰族心中埋下了怨恨也造成了不可弥补的伤痕。^②

(一) 乌克兰问题的种类与内容

1. 民族问题

乌克兰人是斯拉夫人的一个分之,同俄罗斯一样也属于斯拉夫人,但是乌克兰是一个独立的民族,就如斯拉夫人的俄罗斯族一样,当彼得大帝从西欧学习归来就一直疯狂的寻找出海口,不惜与瑞典王国打了30年才找到在波罗地海的出海口^③,继承彼得大帝遗志的叶卡什琳娜女王利用被征服的哥萨克骑兵在东欧草原上东征西战终于在黑海取得了出海口这里涉及到乌克兰的归属问题,当俄罗斯与瑞典在争夺出海口的战争中,乌克兰族人为了躲避瑞典王国以及波兰的横征暴敛倒向了俄罗斯,寻求俄罗斯的保护条件是乌克兰语俄罗斯合并,自此乌克兰被俄罗斯吞并了,同时乌克兰成为了俄罗斯继续向巴尔干半岛扩张的前哨基地,由此爆发过著名的克里米亚战争,英法两国为了阻止俄罗斯的膨胀,帮助土耳其打败了俄罗斯才遏制住俄罗斯向南扩张的野心。

2. 国内经济问题

08年世界经济危机,严重打击了乌克兰本来就薄弱单一的经济,在经济拮据的情况下,人们开始向往欧盟的繁华与高福利,同时也是北约东扩与欧盟的扩张的效果,让乌克兰族人重新开始审视自己的出路,而乌克兰东部地区有大量的矿产资源和石油天然气资源,这让欧盟垂涎欲滴,迫不及待的想得到这里,这样就能避免俄罗斯的敲诈。但是乌克兰东部地区大多是俄罗斯族人的后裔占据着,而当时乌克兰历届领导人都是亲俄派的,同时亲俄派政府官员大多腐败不堪出卖国家利益,这让乌克兰族占主导性的国家的大多数人很不满,最终爆发了大规模游行示威活动,乌克兰总统出逃俄罗斯,而这场大规模骚乱也不时能看到雇佣兵的身影其背后不乏欧盟和美国的推手。

3. 领土问题

克里米亚的问题由来已久,苏联前领导人赫鲁晓夫当政期间,一时的冲动,同时也是想提高乌克兰加盟共和国的地位以及彰显苏联高层的大度和智慧就把克里米亚地区划给乌克兰加盟共和国管理了。^④当苏联解体时,俄罗斯虽然不甘心把克里米亚给乌克兰但是迫于当时的困境以及减少西方的敌意获取西方的支持,就把这件事给压下来了,俄罗斯历代领导人都以收复克里米亚为己任。同时,克里米亚的城市敖德萨是俄罗斯在黑海最重要的军事基地,如果乌克兰倒向了欧盟和北约,那么俄罗斯就会丧失在黑海的军事存在。这是俄罗斯所不能容忍的。所以,俄罗斯要抢在乌克兰倒向欧盟和北约之前,强行撕下一块肥肉。从地缘政治上来讲,乌克兰战略地位就相当于中国的东北,而克里米亚就相当于朝鲜半岛,战略位置极

① 林光余译、哈特(英)著:《第一次世界大战战史》,上海:上海人民出版社,2010年版。

② 陆南泉:《苏联兴亡史论》,北京:人民出版社,2002年版。

③ 时贵人、韩红军:《彼得大帝》,哈尔滨:哈尔滨出版社,2015年版。

④ 赫鲁晓夫(苏):《赫鲁晓夫回忆录》,北京:社会科学文献出版社,2015年版。

其重要，事关国家生存，是俄罗斯极不愿意别国染指的，特别是欧盟和北约。

（二）乌克兰问题的历史渊源

1. 乌克兰共和国的诞生

乌克兰共和国的诞生，始于第一次世界大战，在第一次世界大战末期的坦能堡会战，德军的总参谋长鲁登道夫和兴登堡元帅率领的德国重兵集团彻底在这里击溃了沙俄的军队，沙俄在西方的大片领土被德国占领，这里有三人之一的沙俄财政来源和四份之一的人口，当德军护送列宁回国，俄国相继爆发二月革命和十月革命，当时苏俄急于获得和平平息战争带来的创伤，被迫签下了《布列斯特合约》使乌克兰地区、波兰地区、波罗的海三国地区相继独立。^①

2. 巴尔干民族纠纷对乌克兰共和国的影响

巴尔干地区民族林立，宗教信仰多样，小国众多，当欧洲列强都想在这里实现自己的野心和梦想，这就造成了这里不会平静，于是巴尔干半岛成为了世界大战的火药桶，引爆了第一次世界大战，这些都被列宁同志看到了眼里记在了心里，他想到了俄罗斯，想到了俄罗斯也存在众多的民族，如何对待民族问题就成了他思考的问题，为了避免战争，避免被内战消耗掉过多的国力，列宁同志和其他布尔什维克想到了让民族地区成立共和国，以加盟共和国的形式存在与苏联之下。乌克兰共和国就是在这种背景下成为了苏联的加盟共和国。^②

3. 1927年大饥荒造成的民族裂痕

在列宁同志逝世之后，斯大林同志继承了列宁同志的遗愿。1928年苏联开始了第一个五年计划，在这之前在乌克兰境内的第聂伯和水电站和大坝等许多著名的工程建设，而苏联原本是一个落后的具有封建性质的资本主义国家，即使乌克兰地区是世界上最好的产粮区，在全国的工业化筹备面前，也开始渐渐不能支撑那么多的工人吃饭，再加上当时发生了自然灾害蔓延了苏联全境，唯有乌克兰境内最严重。这还得从苏联的内战说起，由于当时苏联红军败给了波兰白匪，被迫签下合约，乌克兰地区是战争区，所以当苏联大多地区完成了人民公社，乌克兰地区才刚开始，乌克兰本身是重要的粮食产区，再加上世世代代的耕作，大部分乌克兰农民还是比较富裕的，在实行人民公社化的过程中，斯大林同志派去的工作人员受到了很大的羞辱和阻挠，斯大林同志决定惩罚一下乌克兰，大部分乌克兰农民被打成富农，被迁移到了西伯利亚，大部分人死在了西伯利亚，而这些人是最精到的农民，他们懂得如何耕种，但是他们不在了，而剩下的农民不知道耕作技巧，再加上抵制心理，不好好耕作，使大面积的土地荒废，耕牛被杀死吃掉，农具被破坏，乌克兰地区的粮食产量急剧的下降，由于乌克兰是苏联的重要产量区，有很大的征粮指标，苏联派过来的官员拼命的想超额完成指标取悦斯大林，这造成了乌克兰发生了大规模的饥荒，约有3000万人非正常死亡，死于营养不良。^③当时有严格的户籍制度，禁止人员流动，大部分农民饿死在家中，当时有收尸队，很多人还在奄奄一息就被抬上收尸队的车子上了，每天夜里有一列列火车开出城市驶向铁路的尽头的墓地。

二、乌克兰现政府的性质

苏联解体后，乌克兰获得了独立的地位，但是国内的政治环境不比苏联时期好多少，由于是苏联的重要加盟共和国，受俄罗斯影响较大，乌克兰历届政府是亲俄派的，这让以乌克兰族为主体的民族多少有些反感，同时由于苏联末期，大量的苏联秘密档案被揭露，乌克兰

① 张晓晔、李路洋译，H.P. 威尔默特[英]著：《第一次世界大战全纪录》，北京：新世纪出版社，2014年版。

② 迷弢·克宫内幕：《苏联的神话与现实》，北京：中央编译出版社，2014年版。

③ 白建才：《俄罗斯帝国》，北京：中国国际广播出版社，2015年版。

民族主义高涨，同时由于北约东扩，欧盟的扩张，这让乌克兰人重新开始审视自己，由于 08 年经济危机，使薄弱的单一的乌克兰经济备受摧残，而亲俄派的政府官员大肆贪污腐败，人心尽失，欧盟垂涎乌克兰的顿涅兹地区的石油和天然气。挤压的怨气在一些民族主义政客和欧美的雇佣兵的帮助和策划下，乌克兰发生了大规模的骚乱，而乌克兰政府的总统出逃俄罗斯寻求政治避难，多少令人唏嘘不已。在这种情况下，民族主义为首的反对派迅速接管政府，实行亲美亲欧政策。乌克兰原总统是民选的，而骚乱的一方在接管政府后就实行紧急状态，把大批重要职位分给大财阀来赢得他们的支持，然后紧急派兵镇压乌克兰东部的叛乱武装。这就涉及到乌克兰现政府的合法性问题。从国内法来说，是否符合宪法，但是在这种情况下，宪法已经失去了作用，制宪权是超越宪法的，政权更迭胜利的一方完全可以骗取公民的支持，从此披上合法的外衣。在国际法上分析来看，这涉及到民族自决权，也就是说在新独立的民族和拜托外来侵略的民族有权决定自己国家的走向，而乌克兰现政府完全都是美国操控的，其财政部长竟然是美国人，是美国政府派过来的，并且先政府在原先的示威游行中大量雇佣外国雇佣兵，在掌握国家大权后又把大量重要的职位分给财阀和大资本家。公民自决权，完全没有得到行使，国家完全是政客操控的玩具，政府成为了欧盟和北约的代理人，国家暴力机器成为了镇压人民的工具，大肆镇压东部俄裔公民，忽视他们的诉求，造成了国家分裂。因此乌克兰现政府缺乏正义性和合法性。^①

从实质上乌克兰现政府不仅是违反国际法同时也是违宪的政府。亚努科维奇当年击败了季莫申科当选为乌克兰总统，虽然是亲俄，虽然也有腐败行为，但是，亚努科维奇是经过民主选举上台的，符合宪法程序，是有民意支持的，尽管当时是以 51% 的选票当选的，根据《联合国宪章》国家主权原则和人民主权原则，国家有权对国内政治事务进行管理，人民有权选择国家的发展和未来，所以亚努科维奇政府是符合国际法和乌克兰宪法的。而亚采纽克政府是有大国插手背景下雇佣军参与的游行示威继而发生的骚乱夺权行为，亚努科维奇总统考虑到国内的情势出走俄罗斯寻求政治避难，随即乌克兰议会宣布解除亚努科维奇的总统职务，并对其进行了一些犯罪指控，在这个时候，乌克兰议会议员身份的合法性，以及议会行为的合法性，以及议会决定的法律程序也值得怀疑。这个时候乌克兰议会能否代表国家？代表国家行使权利，这些不得让人值得怀疑。同时亚采纽克向美国和欧盟寻求经济援助，美国议会的议员被任命为亚采纽克临时政府的财政部长，这些行为让世界大跌眼镜。根据国际法的惯例以及联合国宪章的人民主权原则，乌克兰临时政府仅仅只是被美国和乌克兰民族主义反政府激进分支的雇佣军控制和煽动下的游行示威发展成骚乱夺权行为，掌权开始，对东部地区的游行示威人员进行武力镇压以及忽视克里米亚地区的人民的呼声，对于一个不稳定的临时政府，不但没有对国内的不同声音寻求对话和积极解决，而是一味的镇压，迫使东部地区武装对抗，克里米亚地区俄裔的公投入俄，种种行为，都可以说明乌克兰现政府是违宪的政府，同时根据人民主权的国家法原则，乌克兰现政府也是一个不符合国家法的政府。

三、克里米亚独立是否具有民族自决权的性质

首先，我们要搞清楚什么是民族自决权，民族自决权是一个民资在取得独立后以及拜托外国侵略时有决定自己发展走向的权利，克里米亚从法理上讲是乌克兰共和国的一部分，同样都是乌克兰族人以及俄罗斯族人，本是一个民族，谈什么民族自决权？其次，当时俄罗斯士兵以及克里米亚当地人夺取了政府军的武装和军舰，敖德萨的俄罗斯黑海舰队秘密的给以他们支持，在俄罗斯的实质控制之下，谈什么民族自决？民主性和真实性根本就不能保证！如果这就叫做民族自决权，那么以后发生侵略战争，被占领区岂不是都要独立都有合法的

^① 王贵松译，芦部信喜[日]著：《制宪权》，北京：中国政法大学出版社，2012 年版。

民族自决权。这犹如打开了潘多拉魔盒，为以后的侵略战争披上了合法的外衣，这是对人类正义和尊严的践踏。^①

其次，根据公开的资料显示，在克里米亚的民族成分分析大概如下，在克里米亚地区：乌克兰族占25%，鞑靼人占12%，俄罗斯族人占60%，在语言上：说乌克兰语占11%，鞑靼语占10%，说俄语的人占77%，克里米亚的主体民族是俄罗斯族，主体语言是俄语，同时黑海的第一港口敖德萨以及塞瓦斯托波尔有俄军的黑海舰队，有俄罗斯的军事基地，这里受俄国的影响比较大。当乌克兰发生违宪政变后，克里米亚地区的人民特别是俄裔觉得游行示威，以及大规模的骚乱，俄军黑海舰队排排出军警上街维持秩序，当时克里米亚实质上已经被俄罗斯控制，乌克兰在克里米亚的驻军和军警政府部门均遭到冲击，在港口的几艘乌克兰政府的战舰被解除武装。当时在克里米亚地区人们深感自己的生命财产收到了极大的威胁，因为发动政变的团体是亲北约亲欧盟的，在取得政权后，大肆“分封”大财阀寡头军政大权，来获取他们对政府的支持。如果克里米亚违宪政变上台的亚采纽克政府控制，那么克里米亚这个融入了俄罗斯几百年感情的地方将倒向西方，事实上克里米亚不仅决定着俄罗斯的边境安全，事实上一心要加入北约的亚采纽克政府将会使克里米亚成为北约进攻俄罗斯的桥头堡，从此，俄罗斯与北约将是零距离，面对面的相对，这对俄罗斯而言，简直就是噩梦，中欧与东欧那些小国家，自然不会威胁到俄罗斯，俄罗斯也不会放在眼里，只是，一旦美国在这些小国家部署了反导系统，那么俄罗斯本来就不占优势的核威慑能力将被进一步削弱。因此对俄罗斯而言，对克里米亚是志在必得。

最后，战后《联合国宪章》里对民族自决和全民公投有明确的规定：第一，全民公决是否具有正当的理由；第二当地民众能够自由表达意志，未受外国的威胁和操纵；第三，全民公决行为必须有联合国的监督。既是当时在克里米亚的俄军算是俄罗斯在克里米亚监督维护公投秩序，但是只有俄方一家，至于联合国常任理事国其他国家的代表却没有在场，事实上从法理角度，俄方也应该进行回避，毕竟公投的内容是是否加入俄罗斯联邦。既是克里米亚60%的居民是俄罗斯族，77%的语言是俄语，既是未收到俄罗斯的怂恿和操纵，请问，克里米亚的公投有正当理由吗？就按照实际情况，亲西方的势力发动了违宪政变，这也不能是进行公投的正当理由。克里米亚作为乌克兰的一部分，它的去留要经过乌克兰最高法院和乌克兰政府的批准，否则就是叛国行为。并且在国际上也是有先例的，有典型案例的，比如加拿大法语区的魁北克要求全民公投独立，随后加拿大政府宣布公投无效，因为在一个国家内，部分地区的行为要服从中央政府的管理，公投要经过中央政府的批准才行，否则就要按叛国来处理。在这里我们不难看出，这中公投严重损害了国家主权原则。《联合国宪章》宪章中明确规定了国家主权原则，一个国家有权对去领土范围内进行正常的管理的权利，他国物权干涉，同时要尊重他国的合法行为。^②从法律角度，无论是国际法还是乌克兰宪法，克里米亚公投同时也是一种违宪的行为，不符合联合国宪章的。但是，我们需要明白，俄罗斯境内的车臣武装暴乱分子的叛国行为，采取恐怖主义手段与俄罗斯政府军发生直接对抗，造成了大量的伤亡无辜百姓的伤亡，这不仅仅是违反了联合国宪章以及俄罗斯宪法和法律，他们采取了最低劣的恐怖主义行径，然而，美国和西方世界，却支持车臣共和国的叛乱行径，这个时候，法律已经是苍白的呼唤了，有的只是大国的博弈和角力，不能单单再从国际大角度看克里米亚以及乌克兰内乱了，它超越了很多东西。如果仅仅是从法律角度来分析，实在是愚昧之极。但是我们不能忽略规则，道义虽然被人们鄙视和不屑，当然也有它存在的基础，所以，能用合法手段分析的，尽量能用法律手段，因为这是一种不用费多大精力人力物力财力就能用到的方式方法。对俄罗斯来说，克里米亚，以及乌克兰，这些是民族兴亡的根本，是

① 李红杰：《由自决到自治》，北京：中央民族大学出版社，2009年版。

② 胡炜、徐敏译，路易斯·亨金[美]著：真理与强权，武汉：武汉大学出版社，2004年版。

抵御北约的底线，是大国立国的根基，这个时候，与生存相比，法律道义安然失色，当一个人或者一个国家只有解决了生存问题，才能讲法律和道义，否则就是变相的屠杀，也可说是变相的自杀行为。从某种程度上说只是换了一种死法，在这种情况下，俄罗斯上层精英看的很清楚，他们是不会坐以待毙的，而是积极出动，换被动与主动，不能要北约和美国牵着鼻子走。从后来的出兵叙利亚，德法呼吁和平磋商谈判，反对美国增兵欧洲，可以看出来，俄罗斯的策略也是很有有效的，也可以看出欧盟和美国在利益上有分歧，利用分歧，就能在大国博弈中占据优势。而克里米亚无非就是大国博弈的一个乐符罢了，一个小插曲，仅此而已。从某种程度上只是大国博弈中的牺牲品，所以，小国家，一定要定位好自己，寻找利益最大化，而不是充当大国博弈的马前卒或棋子。^①

四、乌克兰东部武装自卫权行使的必然性与合法性

乌克兰东部地区大多是俄罗斯族的后裔，深深的烙下了苏联的印记，这里本来是乌克兰族人的居住区，在沙俄时期和苏联时期，这里的乌克兰族人逐渐减少，特别是顿涅兹地区，这里有储量丰富的煤以及大量的石油天然气资源，而地表又是世界上仅有几个重要的黑土地分布区，土地肥沃，同时这里遍布苏联时期的重工业工厂，其中军火厂超过2000多家，这里的居民好几代人都在生产军事武器，能够熟练的操作各种武器，同时他们心中俄罗斯才是他们的国家，他们对俄罗斯的认同感远大于乌克兰。

（一）进行自卫的必然性

对于一场国家内乱来说，当对方手里有武器那就是战争，如果对方手里没有武器，那么这就是一场屠杀。乌克兰政府军的暴行，当亲欧美派政府掌权后，提出加入欧盟，加入北约，而欧盟和北约的存在就是在压缩俄罗斯的战略空间，俄罗斯虽然虚弱，但是绝不会允许别人侮辱自己，而乌克兰是俄罗斯的传统势力范围，俄罗斯当然不会轻易罢手。对于乌克兰东部的俄罗斯族裔人知道政府的行为后，第一是想保住自己当前的利益，同时看到反对派那么轻易的就掌权了，想趁机捞取更多的利益，想获得更大的政治利益。而现政府为了向欧盟和北约证实自己的实力以及拿到王牌就趁机出兵东部地区，大肆镇压示威游行人员，以及大量的特工雇佣兵来到这里。乌克兰东部的俄裔分子也在抓紧夺权，最终双方不期而遇，乌克兰现政府为了尽快平息内乱就使用了强硬的手段，造成东部公民大量的伤亡，同时政府军毕竟是政府军，有先进的武器装备，而乌克兰东部武装只有简单的武器装备来抗衡，虽然不能取胜但也能保护自己不受政府军的暴行。^②

（二）行使自卫权的合法性

1. 俄裔公民的自发行为

乌克兰亚采纽克临时政府不顾东部地区公民的合法诉求，同时这场战争渐渐向民族对立的方向转变，俄裔公民为了自己的权益和尊严自发的团结到一起，共同面对来自乌克兰族人为主导的政府军的进攻。

这里谈到的自卫权，是联合国宪章赋予的自卫权，一个主权国家，有行使自己不受侵略的权利，可以反击侵略者。显然，乌克兰东部武装抵抗政府军的行为，不能看做联合国宪章规定的行使自卫权的行为。当然了，正义不该止于此，政府的权利是公民赋予的，当政府在侵害公民的权益时，公民有权行使权利，这是孟德斯鸠和洛克的理论，同时也是影响深远的。

2. 俄裔公民的被迫行为

在世纪之末的南联盟内战中，这都是先例的，掌权的一方对国内的其他民族进行了大屠

① 张云雷、吴征宇译，盖尔·伦德斯塔德[挪威]著：《大国博弈》，北京：中国人民大学出版社，2015年版。

② 余民才：《国际法上自卫权实施机制》，北京：新华书店出版社，2014年版。

杀, 据相关统计在这场战争中有超过 7000 民男性被有计划的屠杀掉, 让人触目惊心。^①当乌克兰民族主义激进派在掌权之后, 大肆为纳粹分子评分, 否定苏联, 推倒列宁像, 出现了反苏反俄行为, 倾举国兵力, 向东部地区进发, 参与镇压东部地区的和平游行示威, 面对政府军的大规模攻势, 无差别的进攻, 公民个人的人身权益收到了极大的损害, 俄裔公民不得不拿起武器进行抵抗。俄东部地区是苏联时代的重要军火产地, 有大量的军事工业, 当地居民大多是军工厂的工人, 对武器操作和使用熟练于心, 尊严不是别人给的, 而是自己挣的, 和平不是比人赐予的, 而是通过血与火争取来的。于是他们武装自己, 保护自己, 有力的打击了临时政府派出的军队, 同时也积极向同时俄罗斯族的俄罗斯寻求援助, 俄罗斯普京紧急调拨物资, 援助了 1000 辆卡车的人道主义物资, 有力的支持了乌克兰东部俄罗斯裔平民武装的自卫行为, 避免了人道主义灾难, 初步遏制住了事态。

因此从整体上说乌克兰东部地区俄裔公民的武装行为符合国际法的, 人民主权原则衍生出来的集体自卫权是符合国际法的, 是正义的。

五、解决乌克兰问题的建议

乌克兰的问题不仅仅是乌克兰的问题, 这背后是大国的角力, 也有大国衰落后垂死挣扎, 在力量的天平摇摆的过程中, 小国就成了牺牲品, 能在大国的夹缝中生存需要的不仅仅是谨慎小心更多的是智慧, 当然也是一种无奈。

(一) 和平方式

和平, 当然是大多数平民百姓想看到的, 但是, 可悲的是, 我们有时候自己并不能决定自己的命运。这里面有妥协, 有肮脏的见不得光的交易。北约和欧盟想得到乌克兰, 北约的主要目的是想要乌克兰发生动乱, 这样他就有借口在这里进行军事存在了, 自然而然达到了围堵俄罗斯的目的, 欧盟想得到乌克兰顿涅兹地区的丰富的煤石油天然气, 以后就可以不受制于俄罗斯了, 而俄罗斯不想看到自己的势力范围倒向欧盟和北约, 所以才会强行一步撕下克里米亚, 以志愿军的形式支援乌克兰东部武装, 由此看来俄罗斯并不敢直接和北约欧盟发生冲突。所以各退一步, 欧盟北约承认克里米亚并于俄罗斯的事实, 允许乌克兰东部武装高度的自治权(仍属于乌克兰共和国不可分割的一部分)。

(二) 维持现状

维持现状, 各方在积极准备, 形成优势, 即使不济也能迅速进行最坏的打算, 维持现状, 欧盟既得不到乌克兰东部的资源, 还会得罪俄罗斯, 欧盟的存在就是想把美国势力赶出欧洲, 从而实现自己的充分发展, 现在要面临俄罗斯强大的军事压力, 中欧西欧国家都在寻求美国的保护, 美国不仅仅没有退出欧洲, 反而加大了存在。这会让欧盟很不舒服。俄罗斯的经济以石油天然气军火为两大支柱, 与欧盟的对抗, 造成其无法赚到足够的外汇, 同时很多产品自己不能生产, 长时间的话, 俄罗斯也吃不消, 当然了, 有中国的支持, 俄罗斯还能坚挺住, 但是总体来看, 欧盟和俄罗斯是最大的受害者, 当然了乌克兰就更加更加受伤害了。这正是美国想看到的, 也是其一直苦心经营的, 日渐强大的欧盟不断地挑战着美国的经济地位, 俄罗斯也在普京的领导下也日渐强盛, 通过乌克兰这盘局, 既可以定死俄罗斯也可以削弱欧盟, 从而维护巩固其世界霸主地位。一旦美国达到这个目的, 就可以继续他的亚太再平衡战略, 回过头来整治中国。压制中国的崛起。因此, 我们要看清美国的险恶用心, 从利益最大化的角度来说, 虽然欧盟和俄罗斯被削弱了对中国有好处, 但这只是暂时的, 一旦俄罗斯和欧盟沦陷, 那么下来就是中国了, 吃进去的好处都将再吐出来, 所以从长远来看, 作为联合国理事国的中国, 要积极发挥建设性作用, 促进和谈, 争取和平解决争端。同时也乘机与俄罗斯

^① 金重远:《百年风云巴尔干》, 上海: 复旦大学出版社, 2010 年版。

达成远东地区的油气管道建设,为保障中国的石油战略安全努力,同时与俄罗斯达成大量的军事贸易合同,这样既帮助了俄罗斯度过难关,也使中国更强壮了,从而应变风险的能力的到大大的提高。

(三) 武力方式

乌克兰东部与俄罗斯接壤的边境,俄罗斯驻扎了一支集团军,普京说两个星期就能占领乌克兰全境,乌克兰面临的军事压力可想而知。这就促使乌克兰更加依靠美国和北约,更加依靠欧盟,坚定了与俄罗斯决裂的决心。在得到美国的大量军事援助后,事实上美国向乌克兰派遣了大批的教官,用于训练乌克兰士兵的作战能力,同时大量的更换美式装备,这就促使乌克兰以后根本就不能再回头了,乌克兰终于走向了俄罗斯的对立面,不管怎么说这是北约的胜利,是俄罗斯的重大损失。而俄罗斯只好派遣更多的精锐部队冒充志愿军与乌克兰政府军作战,这对俄罗斯来说,是一种不可估量的损失。而随着国际原油的走低,对俄罗斯又是雪上加霜。成为俄罗斯的重担。普京在 2000 年刚上台的时候曾对俄罗斯公民许诺:给我 20 年,我将还你一个繁荣强大的俄罗斯。普京执政的前 10 年,靠着世界原油的高油价以及与其他国家的军事贸易,经济有了比较好的发展,人民生活也有了大的提高,只是现在石油跌破 40 美元,长期在此徘徊,加上欧盟以及北约的经济制裁,俄罗斯经济在崩溃边缘,一场即将崩溃经济可能会抑制俄罗斯的军事开支和军事行动,但也有可能进行军事冒险,转移国内逐渐尖锐的矛盾。

对于一个崩溃的俄罗斯,不管是现在还是将来,对中国来说都是极为不利的,当今世界能有力对抗美国的只有俄罗斯,欧盟也有对抗,只是,一种低烈度的经济政治对抗。对中华民族的伟大复兴以及一带一路建设造成了不可估量的损失。

结 语

自从地理大发现,新航路的开辟,商品经济到市场经济的发展,经济全球化,世界日益成为一个紧密的整体。根据马克思哲学中有关于整体与部分的论述,特别是关键部分,将在很大程度上决定整体。乌克兰内乱的背后不乏大国博弈的身影。北约东扩欧盟扩张,俄罗斯的衰落,欧盟与美国的矛盾,欧盟与俄罗斯的依赖,自从进入 20 世纪,世界的对抗已经不仅仅是个体的对抗,而是群体的对抗,所以不能仅仅指从美俄的角力看。从内部上讲,乌克兰内部由于历史因素,东部地区俄罗斯族后裔与西部地区乌克兰族后裔,以及克里米亚在俄罗斯以及苏联心中的地位非同一般,凝结了太多的民族情感,这就注定了俄罗斯在克里米亚的问题上不会放手的,乌克兰虽然在苏联解体后有了新生,但是并没有认真吸取苏联时代的教训,西部与东部本是地理差异,却成为了民族撕裂的分界线。东部地区以及克里米亚地区的主体民族都是俄罗斯族,西部地区的乌克兰族在夺去国家政权后,没有积极地团结这些地区,没有顾及这些地区民族的感受,而是一味的挺而走险,加快进入欧盟和北约的步伐。从很大程度上说,是西部地区的民族主义情绪彻底激化了乌克兰内部的矛盾。扼守黑海的克里米亚,煤矿和天然气储量丰富的乌克兰东部地区,以及东部是国家的工业中心,重工业军火工业全在西部,欧盟觊觎的东部顿巴斯的天然气和煤矿,至于工业它不缺,北约想得到的是克里米亚来扼守黑海围困俄罗斯,而在这场内陆昂中乌克兰临时政府却没有拿到一块像样的入会费,所以乌克兰临时政府不惜一切代价的派重兵镇压东部民兵武装,这是它唯一能争取的了,因为克里米亚公投,俄罗斯已经实质上控制了克里米亚,乌克兰已经不可能再要回来了。根据《联合国宪章》的人民主权原则,乌克兰人民有权选择国家的未来方向,而乌克兰临时政府却根本不顾东部和克里米亚地区人民的呼声,铸下大错。然而虽然东部地区和克

里米亚的主体民族，然而早在90年代，乌克兰与俄罗斯签订了条约，承认了乌克兰的领土范围。虽然生活在北约与俄罗斯的夹缝中，本来就难过，而乌克兰临时政府却为纳粹翻案公然侮辱俄罗斯。民族主义虽然也有一定的好处，如果用来当作犯罪的借口，实在是不自量力。生活在大国中间需要谨慎，更需要政治智慧。

参考文献

- [1] 国家地理编委会编. 国家地理. 世界卷[M]. 北京: 蓝天出版社 2009. 2.
- [2] 林光余译, 哈特(英)著. 第一次世界大战战史[M]. 上海: 上海人民出版社, 2010.
- [3] 陆南泉. 苏联兴亡史论[M]. 北京: 人民出版社, 2002. 1.
- [4] 时贵人, 韩红军. 彼得大帝[M]. 哈尔滨: 哈尔滨出版社, 2015. 2.
- [5] 赫鲁晓夫(苏). 赫鲁晓夫回忆录[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2015. 2.
- [6] 张晓晔, 李路洋译, H. P. 威尔默特[英]著 第一次世界大战全纪录[M]. 北京: 新世纪出版社, 2014. 8.
- [7] 述弢. 克宫内幕: 苏联的神话与现实[M]. 北京: 中央编译出版社 2014. 3.
- [8] 白建才. 俄罗斯帝国[M]. 北京: 中国国际广播出版社, 2015. 1.
- [9] 王贵松译, 芦部信喜[日]著. 制宪权[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2012. 5.
- [10] 李红杰. 由自决到自治[M]. 北京: 中央民族大学出版社, 2009. 9.
- [11] 胡炜, 徐敏译, 路易斯. 亨金[美]著. 真理与强权[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2004. 7.
- [12] 张云雷, 吴征宇译, 盖尔. 伦德斯塔德[挪威]著. 大国博弈[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2015. 1.
- [13] 余民才. 国际法上自卫权实施机制[M]. 北京: 新华书店出版社, 2014. 5.
- [14] 金重远. 百年风云巴尔干[M]. 上海: 复旦大学出版社, 2010. 8.

(责任编辑: 崔鑫平)

i这里规范疑难是指, 规范交叉、规范不足、规范滞后及竞合犯不能发挥作用的领域等。